慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	「債務関係」、あるいは債務という観念(契約法研究) (1)
Sub Title	"Le lien d'obligation" ou la notion d'obligation (Etude de droit des contrats) (1)
Author	Mekki, Mustapha(Mekki, Mustapha) 山城, 一真(Yamashiro, Kazuma)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2011
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.20 (2011. 8) ,p.229- 278
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	講義 : 2010年度大陸法財団寄附講座「大陸法の基本概念」
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20110825-0229

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

講義
2010年度大陸法財団寄附講座「大陸法の基本概念」

「債務関係」、あるいは債務という観念
（契約法研究）[1]（1）

ムスタファ・メキ[†]
山　城　一　真／訳

〔序論〕（n° 1-8）
Ⅰ　債務関係の識別要素（n° 9-33）
　A　法的債務と道徳的債務との区別に関する誤解（n° 10-17）
　　1　自然債務（n° 12-15）
　　2　徳義上の約束（n° 16-17）
　B　契約関係と債務関係との区別に関する看過（n° 18-32）
　　1　現状：契約の拘束力と債務内容との混同（n° 19-23）
　　2　あるべき規律：契約の拘束力と債務内容との区別（n° 24-32）（以上、本号）
Ⅱ　債務関係の構成要素（n° 33-53）（以下、次号）
　A　分類の過剰性（n° 34-40）
　B　分類の過小性（n° 41-53）
〔結論〕（n° 54-55）

---

†　パリ第13大学教授、同大学取引法研究所研究員。

1）本講演は、2010年度大陸法財団寄付講座の一環として、2010年10月23日・25日の両日にわたり、慶應義塾大学において行われたものである。講演にご参加くださった教員および学生の皆さんには、心より感謝申し上げる。実り多い議論がなされたことにより、私自身、考察を深めることができた。

1　「債務関係」という観念の捉えがたさ　債務関係は、法、道徳、習俗、政治の交錯点に位置する[2)]。とりわけ民法においては、債務関係という観念は、それを捉えがたいものとするある種の不明瞭さによって覆われている。にもかかわらず、債務関係は、しばしば、債務法を揺るがす論争――自然債務、契約の拘束力、契約の目的、債務の目的、与える債務等――の火種となる。そこで、債務関係を覆うものが何であるかを明らかにすることが必要となるのである。そのためには、債務関係を他の法的関係一般との関係において位置づけるとともに、その規範内容を整合的に確定するために、それを構成する諸要素を明らかにしなければならない。

2　民法典の沈黙とローマ法への回帰　フランス民法典が債務関係（obligation）〔という概念〕によって構成されているのに対し、日本の民法は、債権〔という概念〕によって構成されているようである。これに対し、ボワソナードが草案を準備した1890年の旧民法は、その〔財産編〕293条２項において「義務ハ……或ル物ヲ与ヘ又ハ或ル事ヲ為シ若クハ為ササルコトニ服従セシムル……羈絆ナリ」と定めていた。

フランス民法典は、債務〔という用語〕を繰り返し規定してはいるものの、これを定義してはいない。このように法律が沈黙している場合、フランスの法律家は、概してある観念または制度の起源に遡るという方法を採る。そして、その際には、とりわけローマ法が探索されるのである[3)]。ローマ法の時代には、債務という語が法的にもち得る意味を説くために、二つの定式が用いられていた。第一は、パウルスによる定式であり、「債務の本質は、他者の物または役権をある者のものとすることにあるのではなく、他者を強制してある者に

2）これら非法的な諸側面につき、Bruno Bernardi, *Le principe d'obligation*, Paris, Vrin/EHESS, collection « Contextes », 2007 を参照。

3）ローマ法における債務につき、A . Biscari, Obligatio personae *et* obligatio rei *dans l'histoire du droit romain*, Rev. hist.. dr. Français *et* étranger, 1992, p. 187 et s. ; R.-M. Rampelberg, *L'obligation romaine : perspective sur une évolution*, *in* L'obligation, Arch. phil. dr. 2000, p. 54 et s.

与えさせ、あることを為させ、または、ある給付をさせることにある」というものである。これによって、パウルスは、物権と債権の区別を主張し、債務を後者のカテゴリーへと統合したのである。他方、第二は、ユスティニアヌス帝の法学提要に現れるものであり、カルボニエ(Jean Carbonnier)学部長の『柔軟な法(*Flexible droit*)』において広汎に解説されている。すなわち、「債務とは、ある者がわが国家の諸法規に従ってある物を弁済する必要に拘束される、法鎖/法律関係(*juris vinculum* ; lien de droit)である」という定式である。

債務は、ユスティニアヌス帝によるこの貢献以来、古典的な法学者によっても、あるいは現代の法学者によっても[4)]、しばしばある種の法律関係へと還元されている。しかし、実をいえば、より正確を期するならば、債務それ自体は関係ではなく、それに先立ってある関係が創設されたことから生ずる結果である。関係が原因であり、債務はその一つの結果にほかならない。この関係こそが、債務を生み出す。だからこそ、それに拘束され、そして債務を負うのである[5)]。けれども、こうした精緻さは、フランス法においては依然として支持されておらず、また、この問題についてはより正確であると評されるドイツ法においても支持されていない[6)]。

それでは、まず、債務の起源となる法律関係とは何か。それは、「その時点においては維持されている接触を含む、二人の間における理解の距離」[7)]である。この関係は、距離を引き寄せるものであると同時に、距離をなすものでも

---

4) J.-L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992, n° 9 et 19 ; Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, Dalloz, 2005, spéc. n° 2 ; A. Sériaux, *Droit des obligations*, PUF, coll. Fondamentale, 2ème éd., 1998, n° 1 ; J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes, Traité de droit civil*, 1re éd., L.G.D.J., 2005, n° 4 et s., p. 1 et s.

5) 同旨として、J. Gaudemet, *Naissance d'une notion juridique, les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique, in* L'obligation, Arch. phil. dr. 2000, p. 19 et s., spéc. p. 31 ; *Adde*, E. Jeuland, *L'énigme du lien de droit*, R.T.D civ. 2003 p. 455 et s., spéc. n° 5.

6) B. Windscheid, Lehrbuch des Pandktenrechts, 9ème éd., Francfort (1862 1re éd.), 1909, II, p. 7, n° 3, cité par J. Gaudemet, *op. cit.* [note 5], p. 32.

7) E. Jeuland, *L'énigme…*, *op. cit.* [note 5], spéc. n° 13.

ある。こうしたアンビヴァレンスは、債務〔という語〕の語源に見出される。*Ob*は「分かつもの」であり、*ligatio*は「結びつけるもの」を意味する。債務とは、本来は分かたれているものの紐帯なのである。

3　債務関係の暫定的な定義　法律関係と債務が置かれた関係はこのようなものであるが、債務を法律関係ということは差し支えない。とはいえ、債務を定義するものは、法律関係の存在ではなく、その本質であるということは認めなければならない[8)]。シリル・グリマルディ（C. Grimaldi）氏が、レヴィ・ユルマン（H. Lévy-Ulmann）氏の業績に依拠しつつそのテーズにおいて指摘したように、債務を法律関係として定義することは、トートロジーであろう[9)]。

債務関係の本質は、一方ではこの関係の両極に位置する債務者と債権者の状況に帰せられ、他方では債務の目的に帰せられる。この旨を説いたのは、ドゥモロンブ（C. Demolombe）である。彼によれば、債務とは、「『ある一定の者が、他の一定の者に対し、何ものかを与え、為し、または為さないことを義務づけられる法律関係』である」[10)]。カルボニエ学部長が、債務とは「二人の者の間に特に存在し、その効力によって一方が他方に対してあることをなすべく義務づけられる法律関係」[11)] であると述べるのも同旨である。ここには、債務のもつ二つの本質的特徴が看取される。すなわち、第一は、主観面であり、人の間の、つまり、法主体間の関係。第二は、客観面であり、債務の目的である。

8）まとまった研究として、v. E. A. Popa, *Les notions de debitum (Schuld) et obligatio (Haftung) et leur application en droit français moderne*, th. Paris, Libr. des facultés E. Muller, Paris, 1935 ; F. K. Comparato, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, th. Paris, Dalloz, 1964, préf. A. Tunc.

9）C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources de l'obligation*, Préf. Y. Lequette, Defrénois, 2007, n° 1052, p. 495.

10）C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Tome I, 2ème éd., 1870, Durand et Hachette et Cie, n° 4, p. 4.

11）J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, Tome 4, 22ème éd., PUF, 2000, §7, p. 25.

4　債務関係の主観的側面　債務関係の主観的側面につき、フランス法学説によって一般に提唱されている定義は、債務関係(obligation)とは、債務者と債権者との間の単一の関係であるとの考えを抱かせる。これに対し、ドイツ法学説は、伝統的に、債務を二元的に説明してきた。すなわち、債務者の側からみると、債務(obligation)は負債(dette)である。他方、債権者の側からみると、それは債権(créance)である。また、債務(obligation)は、債務(Schuld)と責任(Haftung)とによって構成される。前者は義務づけの側面に対応し、後者は強制力(engagement)の側面に対応する[12)]。

ドイツの法学者・ブリンツ(A. Brinz)は、1874年、厳密な意味における関係の側面(devoir、debitum、あるいはSchuld)と、厳密な意味における義務づけの側面、つまり一定の強制力(engagement、obligatio、あるいはHaftung)とを区別した[13)]。この区別は、フランス法における著名な分類、すなわち、実体法(le droit substantiel ; Schuld)と訴訟法(le droit processuel ; Haftung)との区別を想起させる[14)]。責任は、まず、債権者に対し、価値の総体として把握される債務者の資産(patrimoine)を支配する権能を与える。これによって、債権者は、保全差押のような予防訴権を行使し、あるいは、債権者代位権(フランス民法典1166条)や詐害行為取消権(同1167条)のような回復措置を講じることができる。次いで、責任は、債権者に対し、強制権、つまり強制履行請求権を与える。他方、債務者の側からいえば、責任は、「責任を負う、担保するという状況」である[15)]。債務者は、債権者がその権利を実現し得るようにし

---

12)一つの説明として、N. M. K. Gomaa, *Théorie des sources de l'obligation*, L.G.D.J., 1968, spéc. n° 282 et s., p. 250 et s. を参照。

13)A. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen, A. Deichert, 1879-1892, spéc. vol. II. 義務(devoir)と拘束(engagement)という語による訳は、G. Cornil, Debitum *et* obligatio. *Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine, in* Mélanges P.-F. Girard, Tome I, 1912, p. 199 et s. によるものである。

14)この分析につき、特に J. Carbonnier, *L'obligation entre la force et la grâce, in Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème éd., L.G.D.J., 2001, p. 324 et s., spéc. p. 326を参照。

なければならない。

私見によれば、ドイツ民法を模倣するのではないにせよ、債務関係のこうした二元的構想は支持されるべきである。というのは、それによって、訴権を伴わない債務、特にいわゆる自然債務のような実定法の諸側面を説明・理解することができ、また、とりわけ保証の領域にみられる「保証する債務（obligation de couverture）」と「支払う債務（obligation de règlement）」という古典的な二分法を理解することができるからである。また、義務と強制力との間の区別は、裁判官によって弁済猶予期間が与えられたために履行強制をなし得ないときであっても（フランス民法典1244-1条）、債権を履行することは差し支えない、ということを説明する。この場合、裁判官によって責任は制限されているけれども、債務には何ら影響はないのである。さらに、この二元的説明によって、充当資産（patrimoine d'affectation）の仕組みを説明することもできる。信託（フランス民法典2011条）または新たに創設された有限責任個人事業者制度（EIRL：2010年7月15日の法律第658号）によると、新たな法人を設立することなしに、新たな資産を創設することができる（商法典L. 526-6条）。これらによれば、債務は一つであるが、責任は、信託財産と委託者の固有財産との間、あるいは、事業者としての活動に充当される財産と個人財産との間で区別されることになるのである。ここにおいては、「個人が負う責任」と「資産が負う責任」とがあるといえよう。

5　債務関係の客観的側面　他方、客観的側面は、債務の性質、つまり給付へと帰せられる。主観的側面と客観的側面との間の相補性は、ある程度は、ゲスタン＝ビリオー＝ロワゾー（J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau）の各氏が法的債務（obligation civile）についてした次の説明の中に現れている。「法的債務とは、二人またはそれより多い者の間の関係という法技術と、一定の経済的結果という目的との組合せである」[16]。経済的目的は、あることをなすという義務

15）S. Prigent, *Le dualisme…*, *op. cit.*［note 8］, n° 10.〔S. Prigent, *Le dualisme dans l'obligation*, R.T.D civ., 2008〕

に帰せられる。この義務は、経済的価値とみなされる。この理は、「契約とは、一または数人の者が他の一または数人の者に対してあるものを与え、為し、または為さない義務を負う合意である」と規定するフランス民法典1101条に現れている。また、1126条は、同旨を続けて規定し、「契約はすべて、当事者が与える義務を負うもの、または、当事者が為し、もしくは為さない義務を負うものを目的とする」としている。

債務の目的は、幾度となく繰り返して論じられてきた問題である。与える債務(obligation de donner)については、同意を交わすことのみによって財産の所有権が抽象的に移転することを認めた意思主義の原則を主な理由として、その存在意義はもはや失われたとし、その正当性に対して異議を述べる者がいる。他方、使用収益に供する債務(obligation de mise a disposition)[17] または担保する債務(obligation de garantir)[18] のような、新たな「給付」を内容とする典型的債務のパネルを取り込むことを擁護する者もみられる。また、より実用的な議論として、富(richesses)というかたちでの考察を好む者もみられる。債務の効果は、富を作り出すこと(為す債務)、富を維持すること(為さない債務)、富を活用すること(たとえば、賃貸、譲渡することによって)、富を回復すること(賠償債務)にある[19]。ピエール・カタラ(P. Catala)の主導にかかる委員会によって起草された債務法および時効法改正準備草案は、これとは別の方向で、「利用に供する」債務(obligation de « donner à usage »)を規定している(同草案1155条3項)[20]。

このように、債務関係が捉えがたい観念であることは明らかである。このこ

16) J. Ghestin *et alii*, *Le régime…*, *op. cit.* [note 4], n° 4, p. 5.

17) G. Pignarre, *A la redécouverte de l'obligation de praestere. Pour une relecture de quelques articles du Code civil*, R.T.D. civ., 2001, p. 41 et s.

18) N. Kanayama, *De l'obligation de couverture à l'obligation de garantir (donner, faire, ne pas faire… et garantir ?)*, Mélanges C. Mouly, Litec, 1998, t. I, p. 375 s.

19) J. Ghestin *et alii*, *Le régime…*, *op. cit.* [note 4], n° 4, p. 5.

20) その批判的検討として、G. Pignarre, *L'obligation de donner à usage dans l'avant-projet Catala. Analyse critique*, D. 2007, Chr., p. 384 et s. を参照。

とは、債務関係（obligation）を正真正銘の財産（bien）として理解することができるかを考えるときにもまた、明らかになる。

6　財産としての債務〔関係〕？　債務関係（obligation）を単なる関係としてではなく、ある種の財産として捉えるという見地にまで進むことはできるだろうか。フランス民法典529条によれば、「元本を請求することができる金額（sommes exigibles）または動産物件（effets mobiliers）を目的とする債権および訴権は、……法律の定めるところによって動産である」。同条の文言によれば、債務〔関係〕はある種の財産として捉えることができる。しかし、同条は、実際には債務〔関係〕ではなく、その目的物に関わるものである。元本を請求することができる金額または動産物件が、動産なのである。

のみならず、財産の定義から出発しても、債務〔関係〕をこのカテゴリーの中に導き入れようとする試みに身を委ねることは難しい。つまりこうである。財産とは、私的所有の対象となり得る、経済的価値、つまり効用をもつ物（chose）をいう[21)]。このように、財産は、人と物との間の関係を前提とする。これに対し、債務〔関係〕は、人と人との関係である[22)]。それゆえ、債務〔関係〕は、対物権のカテゴリーではなく、対人権のカテゴリーに属するのである[23)]。

もっとも、これらのカテゴリーの差異は、実際にはまったく相対的なものでしかない。すべては、財産の定義として、どのようなものを採用するかにかかっている。財産となるためには、財産的な価値が存することをもって足りるとするならば――これは、欧州人権条約第一追加議定書１条の意味における理解

21）V. G. Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, *Traité théorique et pratique du droit civil, Les biens*, 1re éd., 1896, n° 10. 財産とは、「人に一定の効用を得させることができ、私的な所有の対象となり得るあらゆる物」をいう。

22）この説明については、特に J. Ghestin *et alii, Le régime…, op. cit.* [note 4], n° 5, p. 7を参照。

23）Paul, L. II, Institutionum, Digeste, 44, 7, 3, pr. が既に次のように説くところを参照。債務は、「他者を強制してわれわれに与えさせ、あることを為させ、または、ある給付をさせることにある」。物権は、「ある目的物をわれわれに帰属させることにある」（cité par Gaudemet [note 5], p. 27）。

である――、債務〔関係〕を財産と考えることに反対する者はだれもいないだろう。学説の一部、とりわけサヴィニー(Fr. C. Von Savigny)においても、債務〔関係〕はある種の財産として分析されている[24)]。しかし、私見によれば、債務〔関係〕は、財産というカテゴリーとは距離を置いたほうが明快である。少なくとも債務法においては、人と物との関係と、人と人との関係との間には、明確な境界を維持しなければならない。もっとも、人に対する関係と物に対する関係とが重畳する余地を排斥しようというわけではない。両者の重畳は、学説による観念である物的な債務(obligation réelle)において確認される。たしかに、この観念は、人と物との関係を契機として生じる債権者と債務者との関係を説明することを可能にする[25)]。けれども、これを債務関係に包含されるものと考えることに必然性があるわけではない。

7　債務と債権　最後に、法的債務の経済的効果は、厳密な意味における債務と債権との区別に帰着する。債権とは、「債務の存在から期待される客観的な経済的効果の予期」である[26)]。この債権こそが、ある種の財産として分析され得るのであり、また、法律によって規定される限度において、譲渡または充当の目的となり得るのである。日本法についていえば、民法は、債務関係(obligation)と債権とは同義だとし、両者を区別することを有用としていないようにもみえる。たとえば、民法412条は、債権を指し示すために債務という語を用いている。しかし、両者を区別することは有益である。というのは、債権なき債務〔関係〕が存在し得るからである。その例として、保証の場合を挙げることができる。保証は、債権者に担保を供することを旨とするが、その債権は、現在のものでも――この場合には〔保証契約に基づく〕債権も存在する

24) Fr. C. Von Savigny, *Le droit des obligations* (Tome I et Tome II) (1873), réimpression L.G.D.J, 2008, §2, p. 6 et s. *Adde*, Chr. Krampe, *L'obligation comme bien, droit français et allemand, in* L'obligation, Arch. phil. dr. 2000, p. 205 et s.

25) J. Scapel, *La notion d'obligation réelle*, Préf. P. Jourdain, PUAM, 2002.

26) J. Ghestin et alii, *Le régime…*, *op. cit.* [note 4], n° 6, p. 8.

――将来のものでもあり得る。ところで、将来の債権を保証する場合には、保証する債務（obligation de couverture）は存在する。けれども、支払期日になってみると、債権者と債務者との間に何らの債務が存在しないということもあり得るのであり、この場合には、保証は何ら「支払う債務（obligation de règlement）」を伴わない。そのため、債務〔関係〕は存在したけれども、債権は存在しなかったということが起こり得るのである。債権と債務の区別は、債権の発生時点の問題を解決する手がかりにもなり得る。これは、倒産手続の開始に際して、何が開始の裁判の後に生じた債権であり、何が疑わしい期間（la période suspecte）〔＝債務者が支払停止に陥った後の、詐害的なものとして取り消される可能性のある期間〕に行われた取引であるかを決するために、重要な問題になる[27]。

8　債務関係の識別要素から債務関係の構成要素へ　以上のささやかな概観によって、金山直樹教授および大陸法財団によって提案された〔「債務関係」という〕主題の適切さを理解することができよう。それは、フランス債務法を揺るがす最も重要な議論の中心をなすものである。債務関係とは何かを確定することは、実務的にみてきわめて重要な問題であるが、それに先立ち、夥しい数の理論問題の解決を前提とする。課題は尽きない。不可分債務、複合的債務、要素・常素・偶素の三分法、「法定」債務、黙示的債務、本質的債務の観念、債権の流通等が問題になり得たであろう。債務関係は、経済活動の中心にあり、それゆえに法的活動の中心にあることから、それが何かを確定することは、より一貫した実定法による、より一貫した実定法のための重要な階梯をなしている。私は、債務関係が捕捉しているものに関する理解を進めるためには、この関係を外在的（extrinsèque）および内在的（intrinsèque）な仕方で、つまり、外生的（exogène）および内生的（endogène）な仕方で把握すること

27）この問題につき、Baron, *La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives*, R.T.D. com., 2001, p. 1 et s. を参照。

が適切だと考える。第一段階は、より単純なものであり、上述の方向で、債務関係を他の形式の関係と区別することである。それによって、債務関係の特徴を際立たせるために、債務関係の識別要素が明らかになる(Ⅰ)。第二段階は、より複雑なものであるが、債務関係の構成要素を明らかにすることである。それは、主に、債務のさまざまな目的に関する分類に依拠しつつ行われる(Ⅱ)。

Ⅰ　債務関係の識別要素

9　債務関係は法律関係である。それゆえ、ここで問題となる債務は、法的なサンクションの対象となる法的債務である。ところで、非法的な債務と法的債務との間の境界は微妙である。そこで、乗り越えられるべき障害の第一は、道徳的債務と法的債務との間の区別――この点には誤解がみられるのであるが――を行うことである(A)。

法的債務が道徳的債務から区別されると、これとはまた別に、契約法に固有の問題が立ち現れる。それは、契約関係と債務関係との区別――この点は看過されている――、つまり、契約と債務との区別である(B)。

A　法的債務と道徳的債務との区別に関する誤解

10　道徳的債務と自然債務：サンクションという指標　道徳的債務は法的債務ではない。ごく図式的にいえば、道徳的債務が国家権力によって宣言されるサンクションを欠くのに対し、法的債務は国家によって保護され、サンクションされる。それゆえ、両者の分水嶺は、サンクションにある。より正確にいえば、それは、サンクションの性質とそれを決定する者とにある。というのは、道徳の領域においても、エミール・デュルケムの理論に従えば、道徳律は社会によって分散的にサンクションされ得ると解されるからである[28)]。他方、法的債務はといえば、それは国家によってサンクションされる。法的債務は強制

28) E. Durkheim, *L'éducation morale* (1902/1903), PUF, 1992.

履行の対象となるが、このことは、単なる道徳的義務については明らかに除かれている。道徳的債務は、一般に良心の裁き（for intérieur）に属する。道徳的債務を法的債務から区別するために、時として義務（devoir）という語が好んで用いられる[29)]。道徳的債務は、礼節の規範だということができる。ポティエによれば、ここで問題になるのは「不完全債務（obligations imparfaites）」である[30)]。この対比は、単純であるという点に利点を有する。しかし、分析を深めるならば、それが過度に単純化されたものであることがわかるだろう。

11　道徳的債務と自然債務との間の区別の多孔性（porosité）　礼節に関わる純然たる道徳的債務は、法律上の債務ないし法的債務とははっきりと区別され得る。実際には、法と道徳との中間、つまりは道徳的債務と法的債務との中間に属する状況によって問題が提起されるのである。様々な法概念が、あるいは道徳に対する法の影響の表現として[31)]、あるいは法に対する道徳の影響の表現として[32)] 解釈されてきた。そうした概念の例として、権利濫用、不当利得、「何人も自己の背徳の援用を許されず」の法格言、信義誠実、フロード（最近では、判例は、不道徳なフロードよりも不法なフロードのほうへと接近しているのであるが[33)]）を挙げることができる。また、法と道徳の中間にあるこれら

29）同旨、J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, Tome 4, PUF, Coll. Thémis, 22ème éd., 2000, n° 7.

30）Pothier, *Traité des obligations*, 1re partie, article préliminaire.

31）同旨、J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, Quadrige, 1978, p. 311 et s.

32）リペールに加えて、R. Savatier, *Des effets de la sanction du devoir moral en droit positif et devant la jurisprudence*, thèse paris, 1916.

33）本判決につき、Cass. soc., 10 novembre 2009, RDC, 2010-2, p. 557, obs. Y.-M. Laithier.

34）衡平は、道徳と法の間に位置する。同旨、D. Terré, *Droit, morale et sociologie, in* L'Année sociologique, Ethique et sociologie. Perspectives actuelles de la sociologie morale, vol. 54, 2004, n° 2, p. 483 et s., spéc. p. 486 et s.

35）立ち入った研究として、V. Lasserre-Kiesow, *La technique législative. Etude sur les codes civils français et allemand*, Préf. M. Pedamon, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 371, 2002, p. 351 et s. を参照。

の法概念の中には、フォート、「良家父」、家族の利益、子の利益、衡平[34)]、公序良俗、法は些事に関せず(*minimis non currat*)(フランス民法典371条[35)])、許される詐欺(*dolus bonus*)と許されざる詐欺(*dolus malus*)との区別、そして、より一般的に、「法と道徳との関係の縮小模型」[36)] たる倫理規範(les codes de déontologie)といった著名な法的スタンダード[37)] も存する。これらのスタンダードは、裁判官にとって、道徳、習俗と法との対話を行う機会となる。ここにおいて、裁判官は、これらの観念によって彼に与えられる操作の余地を活用して、規範システムの衡量(pondération)を行う。それは多様な内容をもっており、ドウォーキンによって提示された道徳の諸原則を想起せずにはおかない[38)]。

以上の例のうちでも、二つのものが際だっており、道徳的債務と法的債務との境界の多孔性(porosité)を申し分なく例証してくれる。第一は、自然債務というカテゴリーである(1)。第二は、第一のものと密接に関わりつつ、徳義上の約束(engagement d'honneur)の問題に関わる(2)。

---

36) D. Terré, *Droit, morale…, op. cit.* [note 34], p. 499. 彼女は、p. 507 et 508において次のように付け加えている。「デュルケムが社会学に与えた道徳的傾向を忘れてはならない。法は、習俗の実効性と道徳法則の命令可能性との間を仲介する位置に立つのである。法と道徳のこうした接近として、二つの例に言及することができる。干渉権(droit d'ingérence)の出現と、職業倫理の発展である」。

37) Ph. Coet, *Les notions-cadres dans le Code civil, Etudes des lacunes intra legem,* Thèse Paris II, 1985 ; J. Maury, *Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives, in* Etudes Lambert, Tome I, *Introduction à l'étude du droit comparé,* L.G.D.J., 1938, §35, pp. 421-433 ; A.-A. Al-Sanhoury, *Le standard juridique, in* Etudes Fr. Gény, Tome II, Sirey, p. 144-156. *Adde*, Ch. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit,* Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984, spéc. Ch. Perelman, *Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse*, p. 363-374.

38) V. égal., J. Carbonnier, *Sociologie juridique, op. cit.* [note 31], p. 308. カルボニエは、同旨を説いて次のようにいう。「しかし、これらの集まりのなかに、習俗に対して開かれた窓がしつらえられてはいなかっただろうか。漠たるものではあるが、フォートのような観念を用いる場合がそうである。というのは、フォートは、法規範に対する違反であるとともに、道徳規範に対する違反でもあり得るからである」。

1　自然債務

12　自然債務、半道徳的・半法的なるもの　リペール（G. Ripert）によれば、「道徳律が法的な形象を取るに至らないときにも、われわれは、道徳が法との境界をさまようのをしばしば見出すし、少なくとも、自然債務とは別にしてそれを考察することはできないかと問う。それは、法的生活において、拘束力のない債務（obligations non obligatoires）という亡霊と同じくらい興味深い様相の一つである。過度に厳密な考え方は、こうした観念に満足することができないのである」[39]。フランス民法典は、自然債務については、1235条において簡単な言及を行うことをもって満足している。すなわち、「弁済はすべて、負債を前提とする。義務づけられることなく弁済したものは、返還請求に服する。返還請求は、任意に弁済された自然債務に関しては、認められない」。この債務の規範内容は、全面的に判例によって形成されたのであり、その適用領域の拡大は、留まるところを知らない[40]。カタラの準備草案は1151条において[41]、また、テレの準備草案は２条において[42]、それぞれ自然債務を承認している。

13　自然債務の適用領域　自然債務の現れは、様々である。第一に、それは「衰えた」法的債務、すなわち、かつては法的であったがいまはそうではない債務という姿を呈し得る。たとえば、時効にかかった法律上の債務は一種の自然債務となり、法的には債務者を解放するが、道徳的には依然として債務者を

39）G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 2ème éd., L.G.D.J., 1955, réimpression 1994.〔なお、同書の最終版は第四版、その出版年は1949年であるから、出典の表示は誤りと思われる（参照頁の指示がないため、叙述の対照をすることはできなかった）。〕

40）M. Julienne, *Obligation naturelle et obligation civile*, D. 2009, Chr., p. 1709 et s.

41）カタラ草案1151条：「自然債務は、他者に対する良心における義務を包含する。自然債務については、返還請求を生じさせない任意の履行、又は、それを弁済する旨の履行の約束をすることができる」。

42）テレ草案２条：「自然債務については、返還請求を生じさせない任意の履行、又は、それを弁済する旨の履行の約束をすることができる」。

拘束する[43)]。無能力を理由として無効となった債務は、自然債務を存続させる。これら「衰えた」法的債務のほかに、道徳的義務ないし誠実性という意味における自然債務もまた存し得る[44)]。それは、当初から法的債務ではない。すなわち、口頭での遺贈は、恵与の受益者の負担において自然債務を生じさせる。また、懸賞広告(promesse de récompance)も自然債務を生じさせる。さらに、姻族間[45)]、兄弟姉妹間[46)]、あるいは離婚した夫婦間[47)]での扶養義務を加えることもできる。最後に、債務(Schuld ; devoir)によって組成されているが、責任(Haftung ; engagement)を欠く債務関係が存在する。

これらすべての場合において、われわれは、未完成、不完全な法的債務に直面し[48)]、あるいは、純然たる道徳的債務を目の当たりにするのだろうか[49)]。この問題につき、学説は分かれている[50)]。たとえば、自然債務は、しばしば裁判所によって「法の世界」へと導き入れられた良心における義務であると説かれる[51)]。いずれにせよ、自然債務の問題は、法と道徳の境界を相対化する。フランス法においては、将来的に法的債務になる可能性のある自然債務の真の指標は、社会的利益である。ベナバン(A. Bénabent)氏が強調するように、

---

43) J. Carbonnier, *Sociologie juridique, op. cit.* [note 31], p. 318.

44) 同旨として、A. Bénabent, *Les obligations*, 12ème éd., Montchrestien, 2010, n° 5, p. 3.

45) Cass. req., 10 janvier 1905, DP 1905, 1, p. 47.

46) C.A. Paris, 25 avril 1932, DH 1932, somm. 26.

47) Cass. 2ème civ., 25 janvier 1984, D. 1984, p. 442, note C. Philippe.

48) 同旨、Aubry et Rau, [*Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*], Tome 4, §297 ; J. J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit* [Préf. J. Maury, L.G.D.J, 1955], spéc. n° 333 et s.

49) G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* [note 39], spéc. n° 186 et s. ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, [3ème éd., 1939] Tome II, spéc. n° 717 et s. Rappr. M. Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Thèse Paris, Préf. J. Flour, Sirey, 1957.

50) こうした議論につき、J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, L.G.D.J., 3ème éd., 1990, n° 667 et s., p. 641 et s. を参照。

51) こうした分析につき、D. Laszlo-Fenouillet, *La conscience*, Thèse Panthéon-Assas (Paris II) éd., 1993, spéc. n° 147, p. 87. を参照。

「自然債務のリストを作成することは不可能である。というのは、道徳、誠実性、名誉といった観念は、時代、場所、環境に応じて多様だからである」[52)]。加えて、ゴベール（M. Gobert）氏は、そのテーズにおいて次のように述べている。「良心における義務が存在するとすれば、それは、主として良家父についてであり、ごく附随的に債務に服する個人についてである。まさにここに、自然債務に対する良心の役割が存するのである。いわゆる法律上の効力をもつ良心における義務とは、規範に服する法主体の良心によって課される義務ではなく、『集合意識（conscience collective）』、つまり道徳律によって課される義務である」[53)]。ここには、デュルケミアンの影響が顕著にみられる。結局、自然債務とは、道徳、習俗および法の対話の結果であり[54)]、債務は、「法と道徳の中間領域に」位置づけられる[55)]。いかなる理論に与するにせよ、自然債務は「法的効力をもつ何か」ではある[56)]。それは、「道徳的エリート」のみにかかわる法規範に相当する[57)]。

14　自然債務の法的債務への転換　フランスの裁判官は、いかなる方法を通じて、社会的利益の名において自然債務を法的債務へと転換させるのか。第一の法技術は、債務者による自然債務の任意の履行に基づくものである。たとえば、債務者が時効にかかった債務を支払い、または、賭博による債務を支払ったとき、債務者は自然債務を履行するのであり、非債弁済によってその返還を求めることはもはやできない（フランス民法典1235条２項）。この債務は、支払義務のないものではない。というのは、それは、債務によって組成される法律関係に基礎を置いていたからである。この債務は、責任の存在を伴わなくて

52）A. Bénabent, *Les obligations, op. cit.* [note 44], n° 5, p. 3 et 4. より広くは、Rotondi, *le concept d'obligation naturelle et son évolution*, R.T.D. civ., 1979, p. 1 et s. を参照。

53）M. Gobert, *th. préc.* [note 49], spéc. p. 15 et s.

54）同旨として、G. Ripert cité par D. Terré [note 34], p. 486. を参照。

55）J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.* [note 50], n° 668, p. 642.

56）*Ibid.*, n° 674, p. 650.

57）*Ibid.*, n° 675, p. 651.

も、法的効果を生じ得るのである。なお、当然のことながら、弁済は、任意かつ原因を認識して、つまり錯誤によらずになされることを要する[58)]。

たとえば、破毀院第一民事部2006年11月21日判決は、1134条および1235条により、次のように判断した。「X氏は、明示の意思表示をもって、Y氏に対し、報酬の返還を約束した。これは、1997年2月1日付けの書簡に記されており、〔X氏は、〕もはや当初の組合契約には拘束されないにもかかわらず、組合が存続していた5年の間に受領した報酬を繰り返し返済した。以上のことは自然債務の存在を認定するに十分なものであるが、それにもかかわらず、控訴院は、これらの事実を考慮せずに前述のように判示したものであり、上掲の各法条に違背している」[59)]。

いうなれば、自然債務が法的債務へと変容し得るのは、それらがほとんど同一の性質を有するからである。この点につき、デュペイルー(J.-J. Dupeyroux)のテーズにおいて展開されたいわゆる新古典理論は、次のように指摘した。すなわち、自然債務と法的債務は、債権者と確定可能な目的という、同じ客観的要素を有する。自然債務は、責任なき法的債務として分析することができる。しかし、それは、なおも債務者と債権者の間の実体的関係、つまり債務ではあり続けている[60)]。これに対し、リペールが加担する他の学説上の潮流は、二つの債務の性質における共通性を完全に否定する。自然債務は、「不完全な法的債務」ではあり得ないというのである。リペールによれば[61)]、自然債務は

58) 反対の場合につき、Cass. 1re civ., 12 juillet 1994, pourvoi n° 92-13375を参照。

59) Cass. 1re civ., 21 novembre 2006, Bull. civ. I, n° 503.〔医師XおよびYが、各々が受領した報酬を平等に分配する旨を定めた5年の組合契約を締結したものの、Xの活動がYに比べて著しく少なかったことにより分配に不均衡が生じたため、Xが、Yに対し、5年の間に受領した報酬を分割払いで返還し続けていたという事案。〕

60) J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit* [note 48], spéc. n° 333 et s.

61) G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* [note 39], n° 186 et s. 同旨、L. Josserand, *Cours de droit civil français* [note 49], Tome II, n° 717 et s.

単なる道徳的義務、良心における義務であるとされる。こうした性質の相違は、自然債務を法的債務へと転換させる第二の法技術を分析するなかで観察することができる。その法技術とは、自然債務の債務者によってなされた自然債務を履行する旨の約束である。その法性決定は、自然債務と法的債務とは同じ性質を有しないとの考えを抱かせ得るものである。

自然債務の法的債務への転換は、実際に、単なる履行の約束によっても生じる。この自然債務の履行約束は、更改と性質決定されるだろうか。更改は、「旧債務に代置されることを旨とする新債務を創設することによって、旧債務を消滅させること」を目的とする[62)]。そうすると、自然債務が「衰えた」法的債務と分析され得るならば、これを更改と考えることもできるだろう。しかし、それは、懸賞広告を遵守する旨の債務者の約束について下された判決において破毀院が判示したところとは異なっている。

> 1995年10月10日の判決において、破毀院第一民事部は次のように判示した。「自然債務の法的債務への転換は、不適切にも更改と性質決定されている。しかし、それは、自然債務を履行しようという一方的債務負担行為に基礎を置くものであり、法的債務自体がすでに存在しているときには生じない」[63)]

このように、先在する法的債務を欠くがゆえに、ここでは更改の問題は生じない[64)]。自然債務の履行約束は、一方的債務負担行為として分析されなけれ

62）J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, les obligations 3. Le rapport d'obligation*, Sirey, 6ème éd., 2010, n° 416, p. 356.

63）Cass. 1re civ., 10 octobre 1995, Cass. 1re civ., 10 octobre 1995, Bull. civ. I, n° 352, D. 1996, Somm. comm., p. 120, obs. R. Libchaber ; D. 1997, p. 155, note G. Pignarre ; *Adde*, N. Molfessis, *L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt rendu par la première Chambre civile, le 10 octobre 1995,* D. 1997, Chr., p. 85 ; Cass. 1re civ., 19 mars 2002, pourvoi n° 99-19. 472.

64）更改という根拠に対する批判につき、N. Molfessis, *L'obligation naturelle…*, *op. cit.*［note 63］, spéc. n° 15 et s. ; R. Libchaber, *obs. préc.*［note 63］を参照。

ばならないのである。かくして、自然債務に関するこうした議論は、フランス法において一方的債務負担行為の有用性を評価する契機となった。一方的債務負担行為は、原則として法律と契約のみが債務発生原因をなすフランス法においては、例外的な法技術なのである[65)]。

破毀院は、類似の理由づけを口頭の遺贈についても用いてきた。原則として、遺贈は、法律に規定されている遺言の三つの方式(フランス民法典969条)のうちのいずれか一つを履践してなされなければならない。これを欠くときには、遺贈は単に無効であるにとどまらず、不存在である。しかし、判例は、つとに、方式を遵守しない遺贈も自然債務を生じさせると判示してきた。ところで、故人の最期の意思を履行する旨を約束することによって、この自然債務が法的債務へと転換させられることがある。

破毀院第一民事部によって2005年1月4日に下された判決がその例である。「原判決の認定するところでは、X氏は、書面により、彼らの『祖父』の相続人として彼に遺贈された財産を、その兄弟であるY氏と二分する旨の約束をしたものであるところ、Y氏は、証書において明示的に認められた、その『祖父母』によって表明された意思を尊重するという道徳的債務を〔自らの主張の〕理由とする。兄弟によっても主張されている口頭での遺贈は、故人との親子関係とはまったく独立にX氏に課される自然債務をもたらすものであり、したがって、X氏によって有効に約束された法的債務の原因を供する。かかる口頭での遺贈の存在から導き出される唯一の理由によって、控訴院は、対審の原則に違背することなく、自然債務を法的債務へと転換させる、自然債務の履行というコーズを認識しつつなされた一方的債務負担行為を適法に認定したのであり、X氏は、錯誤に陥っていたとも主張していない」[66)]。

ここにおいて、一方的債務負担行為は、相続人に対し、法的債務へと転換さ

65) この点の議論につき、M. Gobert, *th. préc.* [note 49], p. 45 et s. を参照。
66) Cass. 1re civ., 4 janvier 2005, JCP (G), 2005, II, 10159, note M. Mekki.

れた自然債務を遵守するよう強制することを可能にする。フランス法においては、原則として、一方的意思は債務を生じさせ得ない。しかし、明確で曖昧さのない意思が存在し、補充性の原則が遵守され、そして、とりわけ、この法技術を用いることが社会的に有用であるという各要件が満たされるときには、一方的債務負担行為という法技術は、例外的に債務の発生に奉仕し得るのである[67)]。社会的利益の名において、裁判官は、一定の場合には、自然債務を法的債務に転換することができる。自然債務は、一方的債務負担行為の助力を伴うことによって、「欠くべからざる道徳的価値、信義誠実に基礎を置く諸々の人間関係の価値」[68)] となるのである。

最後に、2005年判決において、破毀院は決定的な詳述を行った。一方的債務負担行為は、法的拘束力を与える対象となる道徳的義務が先在することをそのコーズとする。したがって、その射程はいっそう限定されている。破毀院は、既に従前から判示してきたように、相続人の法的債務は、故人の「自然債務をコーズとする」と判示している。それゆえ、本判決によって、破毀院は、一方的債務負担行為を一般的に債務発生原因の一つとして承認することを企図したわけではなく[69)]、むしろ社会的有用性によって正当性が与えられる例外的な場合に限定することを選んだのである[70)]。

15　自然債務、「強制力」なき「義務」、責任なき債務　私は、個人的には、道徳的債務は、実のところ法的債務と異なる性格を有しないと考えている。少なくとも、論理構造における両者の同一性を擁護することは可能である。実

67）J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *L'acte juridique*, 11ème éd., Armand-Colin, 2004, n° 502. 肯否の議論につき、Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 9ème éd., Dalloz, 2005, n° 51, p. 59 を参照。

68）M. Gobert, *th. préc.* [note 49], p. 192.

69）こうした一般化に好意的なものとして、M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, thèse Aix, 1995 を参照。

70）同旨として、既に Fr. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome II, L.G.D.J., 1954, n° 172 bis.

際、何人も、自然債務を債権者と債務者の間における拘束力を伴わない実体的関係と理解し得ることを否定しない。ただし、それは、この法性決定が規範内容に反映されないことを条件としてのことである。たとえば、自然債務と法的債務との間の性質の同一性をもってしても、これを更改と考える余地はなお存しない。その理由は、両者の性質が異なることにではなく、次のことに求められる。「自然債務は、消滅するのではなく、それが欠いていた強制力の要素を獲得するのである」[71]。

道徳的債務と法的債務との間に引かれるこうした境界は、さらに、徳義上の約束(engagement d'honneur)というカテゴリーによっても例証され得る。

2　徳義上の約束

16　法的効力を生じる「もっぱら道徳的な約束」という不可解さ！　徳義上の約束、あるいは紳士協定(gentlemen's agreement)は、単なる道徳的債務のみを生じさせ、法的射程をもたない約束である[72]。こうした約束は、はじめは国際公法および国際私法において生じたものであるが、今日においては取引のあらゆる領域に拡がっている。たとえば、親会社が、子会社のために純粋に道徳的な支援を与えるべく約束したときには、支援状(lettre d'intention：経営指導念書)という法性決定は支持され得ない。判例によれば、それは単なる「道徳的な約束」である。判例は、これを、徳義上の約束(engagement d'honneur)というより広いカテゴリーの中に取り入れている。しかし、この制度を法の外に置いたままにしておくことは難しく、判例は、当事者によって明示的に「もっぱら道徳的な」ものと法性決定された約束につき、法的債務を生じさせるものと法性決定することを躊躇しない。

破毀院商事部が2007年1月23日に下した判決は、この点を申し分なく確認す

71) R. Bout, Rép. Dalloz, civil, *V° Obligation naturelle*, spéc. n° 66.

72) B. Oppetit, *L'engagement d'honneur*, D. 1979, Chr., p. 107.

るものである。本件は、ある会社が、他の会社の商品をコピーしないことを約束していた事案であり、この約束が法に服するものであり、したがって、これが遵守されなかったときには法的なサンクションを得ることができるのか、それとも、単なる道徳的な約束の問題にすぎないのかが争われた。破毀院は、次のように判示した。「道徳的にではあれ、クレアシオン・ネルソン社によって商品化された製品を『コピーをしないこと』を約することによって、カマイユ・アンテルナシオナル社は、競合会社に対して拘束されるという明確かつ確定的な意思を表明した。したがって、控訴院は、この条項は当事者に対して拘束力を有し、それを法的に対抗することができる旨を正当に判示したものであって、これを論難する上告理由には理由がない」[73)]。

これこそまさに、法的効力を生じさせる道徳的約束である！ このパラドクスを克服するために、別の分析が示されている。当事者は、客観的に法的な約束であるものを、その主観によって道徳的な約束と法性決定することはできないというのである。「自然債務の存在は、裁判官によって評価されるある種の客観的事実であり、個人の意思に依存するものではない。約束をする者は、たとえば、道徳的約束をなしたと告げるという事実のみによって、自らの法的債務を自然債務へと『格下げ』することはできない」[74)]。

しかし、私は、こうした分析が当を得たものであるかについては疑いをもっている。公序に基づく規定または制度を害するのでない以上、当事者が、その意思によって、法の領域に属する法律行為を退かせることがなぜできないのか、私にはわからない。そのうえ、本件においては、裁判官は約束の再性質決定を行っていない。ここには、道徳的でありながら、法的な拘束力を生じさせることになる道徳的約束が見出されているのである！

73）Cass. com., 23 janvier 2007, pourvoi n° 05-13189 ; R.T.D. civ. 2007, p. 340, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC, 2007/3, p. 697, obs. Y.-M. Laithier. 同旨として、Cass. civ. 29 avril 1873, DP, 1873, 1, 207 ; Req., 26 janv. 1874, DP, 1875, 1, 23 を参照。

74）A. Bénabent, *Les obligations, op. cit.* [note 44], n° 5, p. 4.

本判決は、法的債務の発生を取り巻く不可解さの証左である。道徳から法への移行はいつ生じるのか。これに対する答えは、意表を突くものではあるが簡単である。つまり、裁判官が、経済的および社会的環境に基づいてそう判断したときだ、ということになる。そして、オプティ(B. Oppetit)が強調するように、このことは、とりわけ取引の領域において真である。ともあれ、本判決は、道徳的債務と法的債務との間の境界の多孔性を確認するものである。道徳的約束は、必ずしも法的効力を排除しないのである[75)]。

17　要するに、自然債務とは、一方的債務負担行為または原因を認識しつつなされる履行の着手によって完全な法的債務へと転換し得る、強制力を欠いた実体関係である。道徳の圏域から法の圏域への移行は、諸般の事情に関わる事柄である。裁判官が望むならば、諸般の事情に基づき、純粋に道徳的な約束がしばしば法的効力を生じるのである。

道徳的債務と法的債務との境界づけの多孔性が誤解されているのに対して、契約による拘束と契約による義務との区別は、より深刻なことに、看過されている。

B　契約関係と債務関係との区別に関する看過

18　契約は、主要な債務発生原因の一つである。ところで、フランスの実定法は、ケルゼン流の理論に影響を受けた構想によれば規範の創造である契約と、その効力の一つとして生じる債務との間に、ある種の混同を来している。契約の拘束力と債務内容とを区別することは、いくつかの問題を解明し、実定法を読解するための新たな補助線を提供してくれる。しかし、その有用性を提示するに先立ち、まずは実定法と学説を現に支配している混同をふり返っておかなければならない。いいかえれば、われわれは、まず、現状(*de lege lata*)の考察を行い(1)、次いで、あるべき規律(*de lege ferenda*)の分析へと進むことに

75) Fr. Terré, *Introduction au droit*, Précis Dalloz, 7 éd., 2006, n° 13.

しよう（2）。

1　現状：契約の拘束力と債務内容との混同

19　この混同は、契約の拘束力を覆うものの捉えがたさによって、また、契約と債務の分水嶺を跡づけることの難しさによって、説明することができる。

20　〔契約の〕拘束力という観念　〔契約の〕拘束力は、フランス民法典の中では定義されていない。参照される規定は民法典1134条１項であるが、それは「適法に形成された合意は、それをなした者に対して法律に代わる」というものである。日本の民法には、この種の規定は存しない。債権（399条以下）、契約の効力（533条以下）、法律行為（90条以下）が想起されるが、契約の拘束力の原則が暗示されていると考えることはできるにせよ、いずれにおいても、形式的には契約の拘束力は問題とされていない。もっとも、フランス民法典1134条１項も、拘束力とは何かについての定義を与えているわけではない。判例はといえば、契約によって作り出された法状態と第三者との関係の性質を決定するために、契約の対抗という新しい観念を付け加えることによって、混乱を助長している。この観念は、無用のもののように思われるし、契約と第三者との関係は契約の拘束力によって説明すれば十分であるとするドイツ法においても知られていない[76)]。契約が拘束力を備えるのはなぜかという点にこそ、重要な問題があるのである。

そこで、この点を明らかにするために、1134条１項は、進化的・文脈的な解釈の対象とされてきた。拘束力は学説上の議論の的であり、本条の意味は、時代と場所に応じて区々である[77)]。まず、民法典1134条１項は、意思自律の原

76）この点につき、R. Wintgen, *Etude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, Préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 2004 を参照。

77）Chr. Jamin, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, D. 2002, Chr., pp. 901-907 ; J.-P. Chazal, *De la signification du mot moi dans l'article 1134 alinéa 1er du code civil*, R.T.D. civ., 2001, pp. 265-283.

理を基礎づけるために回顧的に解釈されてきた。「私は、自ら欲したために、また、自ら欲した限度においてのみ、拘束される」のである[78)]。次いで、本条は、債権者の視点から分析された。拘束力を基礎づけるのは、正当な期待、つまり信頼(reliance)である。意思よりもむしろ、意思の表明によって織りなされる関係こそが、拘束力をもたらすのである[79)]。さらに、法律中心主義の潮流のもとでは、法律に適合しているということから契約の効力が引き出されると解することもできる。もっとも、これは、説明というよりは確認に属するというべきであろう[80)]。

19世紀末葉および20世紀初頭においては、支配的見解は、「契約におけるすべてのものが契約的だというわけではない」[81)] というデュルケムの定式の中に組み入れられる。契約は、社会的強制に服させる装置として捉えられるのである[82)]。現在では、学説の議論は、主に規範主義的な次元のものである。すなわち、契約とは、諸規範の階層構造の下に位置づけられ、上位規範に服せしめられる個人の規範である[83)]。最後に、契約の拘束力に対するより社会学的な説明がなされているが、われわれはこれに賛同する。この点につき、ファーブル・マニャン(M. Fabre-Magnan)氏は、人類学的説明を行っている[84)]。すなわち、あらゆる社会生活において、第一に重要なことは、約束(parole donnée)の尊重、つまり「約束は守られるべし(*pacta sunt servanda*)」である。約

---

78)時にカリカチュアルでもある批判的説明として、E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé français. Etude critique de l'individualisme juridique*, Thèse Dijon, 1912 を参照。

79)V. not., V.-L. Bénabou et M. Chagny,(dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008.

80)同旨、M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. 1-Contrat et engagement unilatéral*, 2ème éd., PUF, Thémis, 2010, spéc. p. 61 et 62.

81)E. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, 1973, spéc. p. 189.

82)自由主義と連帯主義の学説につき、M. Mekki, *Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise*, RDC, 2010/1, p. 383 et s. を参照。

83)総体的な研究として、J. Ghestin, *Les données positives du droit*, R.T.D. civ., 2002, p. 11 et s.

84)M. Fabre-Magnan, *Le droit des obligations, 1. Le contrat…, op. cit.* [note 80], spéc. p. 62.

束が尊重されるという信頼がなければ、およそ社会関係を取り結ぶことはできないし、社会を構築し、持続させることもできないのである。

こうしてみてくると、結局、意思、正当な期待、法律または上位規範は、同一の目的に達するための技術的な方法であるにすぎないように思われる。その目的とは、取引の法的安全と契約正義との調整による社会の統合である。この観念こそが、舞台背景（toile de fond）であり続けなければならないのである。説明の仕方は多様であるが、求められるのはただ一つ、信頼である。このように、契約の拘束力は、約束の尊重の名においてその上位に属する規範を限界としつつ、一方の意思と、他方の信頼とに基礎を置く。したがって、拘束力は、純粋に法律的な問題でもなければ、もはや純粋に道徳的な問題でもない。それは、法、道徳、そして社会秩序の交錯点に位置するのである。

また、契約の拘束力は、道徳的であると同時に、経済的な考慮に帰せられる道具でもある。このことは、契約の拘束力に関する議論と密接に関わる、不予見に基づく改訂の問題によって明らかにされるとおりである。

21　不予見に基づく司法的改訂に関する議論からみた契約の拘束力　不予見に基づく司法的改訂に反対する際の主要な理由は、契約の拘束力にある[85)]。不予見に基づく改訂の法理の承認は、全面的に、拘束力という観念についてもち得る構想いかんに関わっている。契約の拘束力が、契約を変更してはならないということ、契約に手を触れてはならないということを意味するならば、当事者が明示的にそれを予定していたような場合を別として、実際上、あらゆる改訂は考えられないと思われる。これは、1876年３月６日に破毀院民事部によって下されたクラポン運河判決以来、フランス法が支持してきた立場である[86)]。これに対し、契約の拘束力が、より一般的に、当事者の予見可能性という考え

85）J. Carbonnier, *Les obligations*, 22ème éd., PUF, § 148, p. 286 ; Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Tome II, L.G.D.J., 1957, n° 450.

86）Cass. civ., 6 mars 1876, DP, 1876, 1, p. 193, note Giboulot.

に結びつけられるとすれば、契約締結の時点において当事者によって予見されていたことを尊重すべきことになる。こうした立場は、契約をいっそう柔軟な関係とみている日本法からも引き出され得るのではないだろうか[87)]。

もっとも、不予見による改訂を黙示的に約された(*rebus sic standibus*)条項と考えるならば[88)]、この仕組みは、当事者によって企図されたものの、履行過程に生じた予見不可能な事象によって阻害された契約の意味(l'économie du contrat)を回復させることに資するといえよう。そうすると、不予見に基づく契約の改訂は、契約の拘束力の例外ではなく、それに奉仕する契約の修正手段だということになる。にもかかわらず、国内外の様々な条文と学問的な法典化とを分析すると、不予見による改訂という仕組みの参照は、あたかも契約の拘束力が原則であり、不予見による改訂が例外であるかのように、契約の拘束力に劣後するものとされることが少なくない。フランスでは、司法省によって提案された契約法の改正草案において、不予見に基づく改訂を定める136条は、「合意は、そこに表明されたことだけでなく、衡平、慣習又は法律が、その性質に従って債務に与える帰結を義務づける」とする135条によって先行されている[89)]。テレ(F. Terré)の準備草案もまた同様の立場を示し、その92条1項において、「当事者は、債務の履行がより負担の大きいものとなっても、自己の債務を履行しなければならない」と定めている。また、学問的な法典化も、形式的には「ハードシップ」の問題を例外として、少なくとも契約の拘束力の緩和として捉えることを選んだ。ヨーロッパ契約法原則においては、事情変更の場合の契約の改訂は、当事者が自らの債務を履行すべきことを明らかにした

---

87) Yosiyuki Noda, *La conception du contrat des Japonais, in Etudes de droit japonais*, Société de législation comparée, 1989, p. 391 et s.

88) « Clause *rebus sic stantibus* » の主観的基礎につき、特に、Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994, n° 88 et s., p. 63 et s. を参照。

89) [J. Ghestin, Chr. Jamin et M. Billiau,] *Les effets du contrat*, L.G.D.J., 3ème éd., 2001, p. 415 における次の定式を繰り返せば足りる。「まったくの例外として、それは厳格な法から生じる」。

後に規定されている（6：111条1項）。ユニドロワ原則も同旨である。というのは、6.2.1条は、「契約の履行が、当事者の一方にとって、より負担の大きいものとなっても、ハードシップに関する以下の規定に服するほか、その当事者は自己の債務を履行しなければならない」と規定することによって始められているからである。アキ・グループの共通参照枠草案は、III-1：101条において、ヨーロッパ契約法原則と同様の文言および構造を踏襲している。これほど明瞭な仕方ではないものの、アンリ・カピタン協会および比較法制協会（AHC et SLC）によって提案された共通契約法原則は、拘束力の原則と題する0：201条を提案しており、その第1項は、「適法に形成された契約は、当事者間において拘束力を有する」と規定している。この種の説明は、それが契約の拘束力の例外であるとの理解を抱かせるものである。最後に、不予見に基づく改訂を承認している国においても、それは、実際上、とりわけきわめて厳格な適用要件が課されているために、ごく限られた場合にしか適用されていないということに注意しておかなければならない[90)]。

それでもなお、事情変更の場合における契約の改訂の中に、契約の拘束力の緩和ではなく、その適用を見出すことは可能である。種々の法体系によって支持されている根拠のいかんを問わず[91)]、契約の改訂は、契約の拘束力の適用として理解することができるのである[92)]。当事者による予見可能性は、契約

90）不予見に基づく改訂は、たとえそれが承認されていたとしても、稀にしか適用されていない。この点につき、D. Tallon, *« La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in Droit et vie des affaires* - Études à la mémoire d'Alain Sayag, Litec, 1997, pp. 403-417, spéc. p. 411 を参照。

91）ドイツは、この法技術を信義誠実の原則に結びつけている。スイス、ギリシア、トルコも同様である。イタリアおよびオランダは、衡平の観念の適用を見出している。

92）V. P. Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain,* Avant-propos A. Sériaux, Préf. R. Bout, PUAM, 1994, spéc. n° 81 et s., p. 59 et s. 論者によれば、改訂の根拠は、当事者の意思（とりわけ債権者の予見）と債務者の債務（信義誠実という名目で過大なものとされてはならない）との組合せだとされる。「契約の柔軟性（souplesse contractuelle）」とまとめられているものである（spéc. n° 164, p. 100）。

の将来へと差し向けられる。ここでの問題は、リスク分配に関する条項がない場合であっても、当事者によって企図された均衡を履行段階においても尊重することにある。当事者によって企図された目的を尊重しようとすることは、契約の拘束力を尊重することにほかならない[93)]。

そのうえ、不予見による改訂という仕組みは、時には、暗黙のうちに、契約の拘束力の構成要素として説明されている。たとえば、共通契約法原則(AHC et SLC) 0:201条は、「拘束力の原則」と題するものでありながら、その第2項において、不予見に基づく改訂を規定している。その結果、この仕組みは、契約の拘束力の例外ではなく、その構成要素として説明されているのである。契約の拘束力とは、契約締結段階において企図された均衡と、履行段階において維持されている均衡との微妙なバランスである。したがって、この拘束力は双面的に捉えることができよう。第一に、「動力因としての(efficiente)」拘束力がある。それは、当事者によって欲せられたこととしての過去のなかに位置づけられる。第二に、「目的因としての(finaliste)」拘束力がある。それは、将来のために、当事者によって企図された契約の均衡を維持することに存する。ここにおいては、契約関係の継続性が優先する。こうした状況の下では、不予見に基づく契約の改訂は、過去と将来とを結びつけるものとして説明されることになろう。不予見の場合に契約を改訂することによって、当事者の意思

93) Comp. P. Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Thèse Nancy, 1922, spéc. p. 103. 暗黙の前提とされている不予見を、法律に結びつける。〔しかし、〕この論証は弱い。というのは、法律は、フランス法においては、このような改訂を規定していないからである。Ch. Besson, *La force obligatoire du contrat et les changements de circonstances*, Thèse Lausanne, 1955, p., spéc. p. 61 は、次のようにいう。「規定されなかった事項について当事者が共通の意図をもっていたと認めることは、難しい。当事者は、それらの事象が変容するだろうことを知らないのである。彼らは、その点については何らの意思ももち得ないのだから、意思の解釈は十分な解決をもたらさない」。また、Serbesco, *Effet de la guerre sur l'exécution des contrats*, R.T.D. civ., 1917, p. 349 et s., spéc. n° 13 は、次のようにいう。「意思は、いま存在する要素を理解することができなかったのであり、せいぜい予見することができたにすぎない。常軌を逸した、予見不能な事象は、当事者の視界に入っていなかったものと推定される。つまり、その点については、当事者は何も欲しなかったのである」。

は、その基本的方向性と内容の両面において尊重されることになるのである[94)]。基本的方向性の面でというのは、合意において当事者が考慮し得るのは、契約締結時に存在した諸事情のみだからである。予見することのできない事情によって、契約の履行が困難、高額、または利益の少ないものとなった場合には、当事者の合意の対象とはされなかったそれらの新しい事情に契約を適合させることによってこそ、当事者の意思は尊重されるのである。また、その内容の面でというのは、当事者の意思を覆滅することが問題になっているわけではないからである。リスク分配に関する条項が存在するときには、裁判官は当該条項を遵守しなければならず、不予見による改訂を作動させることはできない。のみならず、不予見が存する場合にも、たいていのシステムは、当事者の交渉による処理を不可欠の第一段階としている。それどころか、いくつかのシステムにおいては、当事者の交渉による処理のみがあり得べき段階とされているのである。

最後に、当事者の意思により、または、それによらず裁判官により、契約を適合させること（adapter le contrat）を承認している法もあるが、ある条文によれば、裁判官は、事情変更を知っていたならば当事者が引き受けることが合理的であるところのものを探究することによって、契約適合を行わなければならないとされる。したがって、当事者の意思の尊重という点でも、また、契約関係の継続性の保護という点でも、不予見に基づく契約適合は、契約の拘束力を満足させるのだから、法体系全体に整合しているのである。当事者の意思は、このように、静的にではなく、動的に把握される。意思は、それが基盤をなす契約とともに、一定の時間にわたって持続することとなるのである[95)]。

94）J. Ghestin *et alii, op. et loc. cit.*［note 89］は、*rebus sic stantibus*を引きつつ、予見可能性と企図された目的の問題〔を論じる〕。そのすべての説明において、常に、過去の意思の将来における尊重が問題とされている。

95）同旨として、P. Voirin, *th. préc.*［note 93］を参照。著者は、不予見による改訂は、当事者によって企図された目的を尊重するために認められるべきであるという観念に基づいてテーズを組み立てている。

22　フランス法学説における拘束力と債務内容との区別　契約の拘束力、つまり契約関係の効力は、債務の内容、つまり債務関係と同視されるべきであろうか。この問題は、学説レヴェルで論じられており、実定法の理解に対して大きな影響を有する。目下のところ、学説はこの区別を強調しておらず、学説に混乱がみられると断定することはできない。とはいえ、いくつかの教科書を読むと当惑させられかねないことは確かである。〔というのは、学説は、暗黙のうちに拘束力と債務との区別を前提としているようにみえるからである。〕たとえば、ベナバン氏は、「契約の目的は、当事者間に債務を作り出すことである。この理をいい表すのに、1134条1項に優るものはない」と強調している[96)]。同旨として、マロリー＝エネス＝ストフェル・マンク（Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck）は、「拘束力からは、当事者が自ら企図した債務によって拘束されるということが帰結される」と述べている[97)]。また、フルール＝オベール＝サヴォー（J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux）も、「この拘束力は、……債務者がその債務を履行しなければならず、場合によっては、それが、法律の遵守とともに契約の尊重に留意する公権力によって強制されるということだけを意味するわけではない……」と述べている[98)]。こうした例は、枚挙に暇がない[99)]。

23　民法典の条文の曖昧さ　混乱はフランス民法典の中にもみられる。たとえば、第三編第三章は「契約および契約による債務一般」に及んでいるが、このことは、二つの用語が同義であるような印象を与える。第三節は、「債務の

96）A. Bénabent, *Les obligations, op. cit.* [note 44], n° 240, p. 183.

97）Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 3ème éd., Defrénois, 2007, n° 753, p. 375.

98）J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique*, 14ème éd., Sirey, 2010, n° 377, p. 361.

99）G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Obligations*, 2ème éd., Tome I, Les sources, Sirey, 1987, spéc. n° 246 ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, Tome II, vol. 1, 9ème éd. par Fr. Chabas, 1998, spéc. n° 720.

効力」と題されながらも、奇妙なことに、かの1134条１項を冒頭に配する「総則」に充てられた款によって始められるのである！

しかし、契約は債務を生じさせるにとどまるわけではない。契約の効力は、債務の消滅であることもあるし、財産、権利または債権の譲渡でもあり得る。契約は、法的な特権という意味における権利を生じさせるのである[100)]。この消滅的効力ないし移転的効力は、決して債務内容と同じものではない。たしかに、債務を作り出すものである契約（contrat）と、債務を移転または消滅させるものである合意（convention）との区別をここに見出すことは可能である。けれども、契約それ自体は、それによって発生させられる債務に還元され得るものではない。契約の効力は、債務の発生には尽きないのである。

一人の学者が、契約の拘束力と債務内容とを区別することによってもたらされ得る実益を論証しようと試みている。パスカル・アンセル（P. Ancel）である。以下では、彼の議論をあるべき規律の提案として採り上げ、これに対する評価を加えよう[101)]。

2　あるべき規律：契約の拘束力と債務内容との区別

24　契約のすべてが債務に還元されるわけではない！　アンセル氏が、契約は債務を生じさせる以外の効力を有すると述べることは正当であるが[102)]、債

100）V. not. A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, Préf. M. Fabre-Magnan, L.G.D.J., 2005, spéc. n° 543 et s., p. 311 et s.

101）P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, R.T.D. civ., 1999, p. 771 et s. 非常によく似た理論の主張として、H. Lécuyer, *Le contrat, acte de prévision, in* Mélanges Fr. Terré, *L'avenir du droit*, Dalloz, 1999, p. 643 et s., spéc. p. 646 を参照。

102）Comp. R. Libchaber, *Réflexions sur les effets du contrat, in* Mélanges J.-L. Aubert, Dalloz, 2005, p. 211 et s., spéc. n° 25, p. 233. 次のように結んでいる。「契約は、それが生じさせる債務と本当に異なるものなのだろうか。この提案が示唆する危惧感は、いまや十分に明らかにされている。すなわち、契約という観念が、時代を超越して変容を被らない不変のものであるかが不確かなのである。そして、もし契約が変容し得るならば、法がその修正に自らを適合させることは避けられない」。

務の発生が「契約のもつ特有の効力」であることを忘れてはならない[103)]。論者の理論が適切なものであるかを評価するに先立ち、このことを示しておかなければならない。

25　契約は、債務内容に還元され得ない　拘束力と債務内容との区別は、歴史的には存在するものの、民法典の起草者によっては踏襲されず、また、学説の多数に対しては影響を与えてこなかった。ローマ法においては、理論化こそなされていないものの、既に契約と債務との区別は行われていた[104)]。民法典以後にも、この区別は、一定の思考の中に存する。たとえば、ドゥモロンブは、「合意と債務は別のものである。合意の効力は、債務または物権を発生または消滅させることにある。これに対し、債務の効力は、債務者が債権者に対して義務づけられるという関係を作り出すことに尽きる」と述べていた。

もっとも、債務関係と契約関係とを区別することは、債務という観念を契約から完全に切り離すことを意味するわけではない。契約は、債務に対してなおも規範的な枠組みを与える。法多元主義に固有の定式を用いるならば、債務は、契約に対してなおも「レレヴァントな」ものである[105)]。この理を契約と債務との関係に適用するならば、債務は、契約による法秩序と適合し、少なくとも矛盾しないことを要請されつつ、なおも自律的なものと解されることになる。

かくして、アンセルは、契約とは、最も純粋なケルゼニズム的分析における規範であると考える。この規範は、諸規範の階層構造を取り込むものであり、また、憲法と法律を中心とする上位規範に適合するものでなければならない。

103）R. Libchaber, *Réflexions*… [note 102], *op. cit.*, spéc. p. 215.

104）J. Gaudemet, *L'obligation*…, *op. cit.* [note 5], spéc. p. 24 et s.

105）S. Romano, *L'ordre juridique*, traduction de la 2ème édition de l' *« Ordinamento giuridico »* par L. François et P. Gothot, introduction de Ph. Francescakis, Dalloz, Coll. « Philosophie du droit », Paris, 1975, Chap. II, § 34, p. 106. ロマーノによれば、「レレヴァントであること」は、次のように定義されている。「ある秩序の存在、内容または有効性が、他の秩序によって設定される要件に適合することを要する。この秩序は、他の秩序に対して、それによって規定されたという資格においてのみ有効である」。

彼によれば、以上のことは、契約におけるすべてものが、当事者がそれを欲したという意味において契約的であるというわけではないということを確認するものである。もっとも、実をいえば、アンセルは、ケルゼン的分析からはいくらかは自由である。ケルゼン的分析は、規範創設行為たる契約を、行為規範（règle de conduite）、つまり債務（許容規範および禁止規範）の創設行為に還元する[106]。〔これに対し、〕アンセルによれば、契約によって創設される規範は、義務賦課規範、つまり行為規範のみに解消されるわけではなく、とりわけモデル規範として理解されるのである。すなわち、「これら諸規範は、当事者の関係――それは、債権者と債務者との関係という形態をとることもあるし、そうでないこともある――を秩序づけるための参照に資しよう」[107]。

以上を要するに、契約は拘束力をもつ。その根拠が法律であるか、客観法であるか、あるいは正当な期待であるかは、ここにおいては重要ではない。拘束力があることによって、契約は、規範的効力を生じさせることができる。そして、規範的効力のなかでは、二つのものを区別しなければならない。一つは債務の創設であり、これは債務的効力である。他方、もう一つはそれ以外の規範的効力であり、行為規範、流通ネットワークの形成、または紛争解決手続の組織がこれに属する[108]。

26　拘束力と債務内容とを区別することの有用性　こうして、アンセルは、債務の創設以外にも契約の効力が存在することを論証する。契約は、権利を消滅させ、財産を移転し、法状態を作り出す。例えば、売買によって生じさせられる所有権の移転を考えよう。所有権の移転は、物に対するあらゆる権利を売

106）この点については、V. Mazeaud, *L'obligation de couverture*, Préf. P. Jourdain, IRJS, éditions, Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne, 2010, n° 115, p. 145 et s. の批判がある。

107）P. Ancel, *Force obligatoire…*, *op. cit.* [note 101], n° 9.

108）債務の発生もまた規範的効力の一つであるとする以上の考え方については、V. Mazeaud, *L'obligation de couverture*, [note 106], n° 116, p. 149. を参照。

主から奪う。そこで、売買における追奪担保責任が、売主に由来する法律上および事実上の問題から買主を保護する。この担保責任は、アンセルによれば、債務ではなく、契約の効力である。したがって、問題が生じた場合であっても、それは債務不履行ではなく、契約規範、つまり契約の拘束力に対する違反である。また、拘束力と債務内容との区別は、売買の一方予約についての説明をも可能にする。一方予約において、諾約者は契約の履行を強制され得るのであるが、それは、為す債務、為さない債務または与える債務の問題ではない。ここでの問題は、契約の拘束力である。たとえば、ドゥニ・マゾー(D. Mazeaud)は、これとは逆の方向を示した破毀院第三民事部1993年12月15日判決を批判するために、次のように述べている。「為す債務は、満足させられるべき積極的な給付を不可欠の前提とする。ところで、ひとたび予約が締結されるならば、諾約者の置かれる状況にとって特徴的であるのは、その消極性である。それは、予約された売買についての受益者の決定を契約によって達成することに局限されるのである」[109)]。

契約法は、契約と債務内容とを区別することによって、さらなる明確さを獲得することになろう。すなわち、契約の期間、消滅期限は、債務ではなく拘束力である。ある者が期限未到来の債務の弁済を要求したときであっても、債務不履行となるわけではなく、契約によって定められた期間が遵守されなかっただけである[110)]。保証人が3年間の賃貸借契約によって負うすべての賃料を保証する義務を負うのは、契約の成立の日に債権が発生するからではなく、その成立の時から契約の拘束力が生じるからである[111)]。期間の定めのある継続的

109) D. Mazeaud, note sous Cass. 3ème civ., 15 décembre 1993, JCP (G), 1995, II, 22366. また、Cass. 3ème civ., 8 septembre 2010, n° 09-13345をも参照。

110) 同旨、P. Ancel, *Force obligatoire…*, *op. cit.* [note 101], n° 37.

111) とりわけ、R. Libchaber, *Réflexions…*, *op. cit.* [note 102], spéc. n° 12, p. 220 が次のようにいうところを参照。「契約は、拘束力ある法的効力を生じさせる行為であり、かつ、それに尽きる。それは、一定の任務を負わされても、それが実現すれば直ちに消滅する」。以上が、1804年の民法典の見方である。ところで、論者によれば、現代においては、契約は、時間、つまり変化に「敏感に」なったと観察されている(n° 18, p. 225)。

供給契約においては、「債務の請求可能性だけでなく、債務の発生それ自体が、契約当事者自らによって設定された時間的間隔に即して、期限内に分割される」[112)]。ただし、この分析は、たとえば保証契約を扱うときには相対化されるべきことになろう[113)]。さらに、判例が、黙示の更新は、新たな契約を生じさせるものの、その内容は黙示に更新された契約とは異なり得ると判示するときにも、含むもの（contenant：契約）と含まれるもの（contenu：債務内容）との区別が行われている[114)]。保証のなされた〔消費〕貸借契約の解消が、目的物の返還を保証するために保証契約を消滅させないのも、契約に対する債務の独自性を認めるからにほかならない[115)]。

最後に、契約の効力と債務の効力との区別を例証する最近の例を引くことができる。契約は、「当事者間において適法に合意された権利義務の実質そのもの」である債務を生じさせ、当事者に対して「契約による特権」を付与する。こうした区別は、契約当事者に悪意（mauvaise foi）がある場合に下されるサンクションに関する一連の紛争を契機として認められた。

2007年７月10日に下された判決において、破毀院商事部は、次のように判示した。「合意は信義に従い誠実に履行しなければならないという準則は、裁判官が、契約上の特権の不誠実な行使を制裁することを許容する。しかし、それによって当事者間において適法に合意された権利義務の実質そのものが害されるときは、この限りではない」[116)]。本判決を読むと、悪意のゆえに裁判官が債務

112）P. Ancel, *Force obligatoire…*, *op. cit.*［note 101］, n° 42.

113）後述するところを参照〔n° 42 et s.〕。

114）Cass. 1re civ., 15 novembre 2005, D. 2006, p. 587, note M. Mekki.

115）消費貸借契約に基づく返還義務を担保すべく、消費貸借契約の失効が保証人を解放しないとされた事案。契約と債務の区別の適用として、さらに、Cass. com., 12 janv. 2010, n° 08-22.000, FS P+B, Sté d'économie mixte et d'aménagement de la ville du Lamentin dite la SEMAVIL c/ Sté Sodexca : JurisData n° 2010-051066 が次のように判示するところも参照。「債権譲渡において、債務者は、譲受人に対し、債務それ自体に内在する抗弁を援用することができるのであり、このことは、仮にその事由が譲渡の通知後に生じたときであっても同様である」。

内容を修正することは許されないことがわかる。悪意は、契約による特権、権能、随意的権利の信義に反する行使をサンクションすることを可能にするだけであって、これらは、当事者間において適法に合意された権利義務の実質そのものとは区別されるのである。

本判決とその厳かな定式は、2009年12月9日に破毀院第三民事部によって下された判決[117]によっても確認されている。本判決は、承認条項(clause d'agrément)が悪意をもって適用された場合であっても、その効力を奪われてはならないとした。すなわち、「合意は信義に従い誠実に履行しなければならないという準則は、裁判官が、契約上の特権の不誠実な行使を制裁することを許容する。しかし、それは、当事者間において適法に合意された権利義務の実質そのものを害すること認めるものではなく、商事賃貸借法規における強行規定を免れさせることを認めるものでもない」。

本件においては、商事賃貸借締結から数か月後に、借主会社に対して裁判上の整理手続が行われ、賃貸借が第三者に移転された。契約条項によれば、賃貸借の譲渡は営業財産の譲受人に対してしかすることができないと定められていた。本条項に基づき、貸主会社は本件譲渡に対して異議を述べ、賃貸借の裁判上の解除と入居者の退去を求めた。この請求を棄却するにあたり、控訴院は次のように判示した。すなわち、本件条項は、レストラン、バーまたはビアホール(本件賃借物件においては、これらの活動のみが許容されていた)の営業財産が存在し、または存在し得た場合に限って有効であり、遵守される。ところで、たしかに同日にはこうした営業財産は存しなかったのであるが、その点に関する種々の理由は、貸主の知るところでもあった。そこで、控訴院は、貸主の悪意を理由に、承認条項の適用を否定した。この点を捉えて、控訴院判決に対し

116) Cass. com., 10 juillet 2007 ; RDC, 2007/4, p. 1107, obs. L. Aynès et p. 1110, obs. D. Mazeaud.

117) Cass. civ. 3e, 9 décembre 2009, pourvoi no 04-19923, RDC, 2010/2, obs. Y-M. Laithier, p. 561.

ては、承認条項は契約による特権ではなく、まさに「当事者間において適法に合意された権利義務の実質そのもの」をなすとする批判が加えられたのである。しかし、本件においては、この準則を確認した第三民事部は、準則の適用を誤っているように思われる。というのは、承認条項は特権の典型例だからである。本判決は、少なくとも、契約による特権についてのきわめて狭い理解と、当事者間において適法に合意された権利義務の実質に関するきわめて広い理解とを採用するものといえよう。

これら諸例を通じて、拘束力と債務内容という視角から実定法を読解することの利点を感得することができる。しかし、アンセル氏の分析は、保証する債務（obligation de couverture）のような真正な債務のいくつかを否定していることは措いても、次の二点において批判の余地がある。一方、アンセルは、債務内容から切り離し得る契約の効力を十分に強調していない。それは、契約の規範的効力である。他方、彼の分析は、契約法のもつ、今日においては重要なある様相を看過している。それは、契約条項である。

27　債務の効力とは区別されるべき契約の規範的効力　　アンセルによって導かれた分析よりも進んで[118]さらに一般的にいえば、契約は、債務の効力とは区別されるべき規範的効力を生じさせる[119]。より正確には、契約は、規範であるにとどまらず、今日においては一つの完全な法秩序なのである。

28　契約による法規範の創出　　フランスにおいて隆盛をきわめている契約化

118）Comp. R. Libchaber, *Réflexions sur les effets du contrat, in* Mélanges J.-L. Aubert, Dalloz, 2005, p. 211 et s.

119）ここでは、契約の規整的効力、つまり、たとえば法律の起草または適用の時に介在する規範創造の道具としての契約は、視野の外に置く。この点については、M. Mekki, *Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat, in La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 323 et s., spéc. n° 16 et s., p. 333 et s. を参照。

という動向は、一定の法状況を作り出すものである契約をある種のミクロ・コスモスとして把握し、その中において、この全体を組織、管理、統制し、また、あらゆる逸脱行動をサンクションするために、一定のアクターに諸々の役割が割り当てられていると捉える。この契約による法秩序は、法多元主義に与することを前提としている[120)]。法多元主義とは、法秩序の多元性を意味する[121)]。この見地においては、国家法秩序は、法を産出する唯一の源ではない。契約もまた、これとは別の法秩序の一つであり得ることになるのである。契約は、自律的なものではあるけれども、国内法秩序に属し、これと矛盾することは許されない。こうした入れ子状の多元的システムは、契約化現象によって助長されている[122)]。契約の規範的機能――それは、個別的な規範を創出することのみには帰せられない――の刷新は、状況的、組織的、関係的といった性格づけを受ける長期間契約の中に、完全にその位置を占めている。にもかかわらず、契約による法秩序というこの観念は、学説によって言及されることはほとんどなく[123)]、また、少なくとも形式的には、実定法によっても認知されていないようにみえるのである。

120）法秩序という観念につき、J. Chevallier, *L'ordre juridique, in Le droit en procès*, C.U.R.A.P.P., PUF, 1983, p. 7 et s., spéc. p. 8を参照。「その体系性によって、法秩序は、単なる「法規範」を超越する。……これらの規範は、もはやその特殊性においてではなく、それが構造化された一貫性のある総体に帰属しているということによって分析される。この総体は、包括的な論理によって支配され、かつ、発展の可能性を含んだダイナミズムによって生気を与えられている」。*Adde, Ordre juridique ? / I, Droits*, n° 33, PUF, 2001, spéc. Ch. Leben, *De quelques doctrines de l'ordre juridique*, p. 19 et s. et G. Timsit, *L'ordre juridique comme métaphore*, p. 3 et s.

121）この現象に対する一般的研究として、G. Gurvitch, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pédone, 1935 ; M. van de Kerchove et Fr. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1988, spéc. p. 188 et s.

122）J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société. Etude socio-juridique des achats d'Alcan au Sagunay-Lac-Saint-Jean*, Les éditions Yvon Blais inc., Coll. Le droit aussi…, 1998, spéc. p. 307 は次のようにいう。「契約は、それが国家法のみならず代表される機関の規範および社会環境と調和を保つ限りにおいて、当事者間における法律である」。

自律的な法秩序を創設する契約を承認することは、以下のような指標を斟酌するときに、考慮し得るものとなる。すなわち、自律的な法秩序の存否を決するために[124]、重畳的な３つの指標が提唱されている[125]。

第一は、特別の「社会集団（corps social）」の存在に基礎を置く社会的な自律性である。私的な合意は、一般に、私的であるがゆえにこうした性格づけを拒絶される[126]。しかし、合意が、職業団体または職業別団体との間でなされた交渉の所産であるときには、そこから生じる規範の中に、合意により形成さ

123）V. cep. M. Béhar-Touchais et G. J. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, 2ème éd., L.G.D.J., 2001, n° 885 et s., p. 467 et s. 著者は、ロマーノ（S. Romano, *L'ordre juridique*, traduction de la 2ème édition de l' « Ordinamento giuridico » par L. François et P. Gothot, introduction de Ph. Francescakis, Dalloz, Coll. « Philosophie du droit », Paris, 1975）に示唆を得て、流通ネットワークを派生的法秩序として分析する。*Adde*, L. Rolland, *Les figures contemporaines du contrat* [*et le Code civil du Québec*], [Revue de droit de McGill, vol. 44], spéc. p. 905 et note 4「……それぞれの契約は、私的な法秩序を形成する。それは、程度の差はあれ、国家法に対する浸潤を含んでいる。……契約は、その法的性質を変質することなしに、国家法の周縁に留まり得るのである。契約による秩序は、こうした意味において、私的秩序である」。

124）*Ibid.*, p. 188 et s.

125）Fr. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n° 94, Bruxelles, 2002, spéc. p. 188.「諸々の指標が多少なりとも統合されていくのに応じて、法秩序の同一性は段階づけを受ける余地を含んでいる。いいかえれば、他の法システムに対する法秩序の同一性は、それが他の社会システムおよび非法的な他の規範システムに対する関係でそうであるのと同じ程度に、相対的なものである」。

126）契約当事者は、「社会全体とは区別されたグループの構成員として行動するわけではない」。*Ibid.*, p. 189. 同旨、S. Romano, *L'ordre juridique, op. cit.* [note 122], § 18, p. 51.「法律行為は、関係を作り出すにとどまるものであって、客観法を作り出すには至らないものである。法律行為が法源と考えられるためには、それが規範を形成するだけではなく、程度の差はあれ完結した社会組織を形成するのでなければならない」という。しかし、Romano, § 18, p. 57, note 2 が、初版以来の見解を変更して次のように述べていることをも参照。すなわち、法律行為は、「関係を作り出すにとどまらず、この関係を規律し、法的な規範をも作り出す。法的なものであるということは、それが基礎を置く自律性が国家から派生し、国家がそれをサンクションするという限りにおいて、制度的であるということである」。

れ、または集団的に形成される正真正銘の自律的な法秩序を認めることができる。もっとも、これは、客観的な法状態を創設するあらゆる契約、つまり、真の小社会を形成するあらゆる契約についていえることである。たとえば、小売商の流通ネットワークを媒介する契約がそうである。

自律性の第二の指標は、有機体性(organique)である。法システムは、自らに固有の特権を自由に行使することのできる固有の機関によって構成されるときには、自律的である[127)]。この指標もまた、相対的なものではあるが、ある種の契約には適合している。たとえば、流通ネットワークの基礎をなし、指導者によって統制・管理される、総称的な意味における特約店契約(contrat de concession)を考えてみよう。指導者は、自らに固有の特権を行使し、それによって創設された圏域は、第三者に対抗され、国家法において強制されるのである。

最後に、「自己組織能力(faculté de auto-organisation)」[128)]という意味での組織性という指標が提案されている。このオートポイエーシス理論は、現在、数多くの契約の圏域に取り込まれている。労働協約をめぐる絶え間ない交渉は、その明らかな証左である。履行過程の中で次々と規範が生成される、いわゆる関係的契約、不完備契約といった契約の増大もまた、その例証である。流通ネットワークの実情は、しばしば、提携契約、企業の行為規範、あるいは内部規則に基礎を置くものであり、こうした考え方に適合する[129)]。契約の規範的効力は、ある種の組織形成的効力(effet organisationnel)として理解されるのである。

---

127) Fr. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?…*, *op. cit.* [note 125], p. 190 et s. 論者は、分権化された行政および分権化された地方公共団体の例を挙げるが、その推論は私的な合意にも妥当し得るものである。

128) *Ibid.*, p. 193 et s.

129) V. M. Béhar-Touchais et G. Virassamy *Traité des contrats, Les contrats de la distribution*, 2ème éd., L.G.D.J., 2001, n° 884 et s., p. 467 et s.「ネットワークは、まさしく、固有の規範を作り出そうとする組織である」。*Ibid.*, n° 888, p. 470. Comp. L. Amiel-Cosme, *La théorie institutionnelle du réseau, in Aspects actuels du droit des affaires*, Mélanges Y. Guyon, L. G.D.J., 2003, p. 1 et s.

29　契約の組織形成的効力　契約は、組織の媒介となり得る。契約は、組織形成的効力を発揮するのである。この組織は、第一に、人の法の次元のものであり得る。たとえば、人の身分は、契約による調整（régulation）の対象となり得る。パックス（PACS）契約は、この方向で分析することができる。今日ではもはや、契約を単なる交換型契約に還元することはできない。契約と制度の間にあって[130]、パックスは、人の関係を組織化し、制度化するのである[131]。2006年6月23日の法律第728号および2009年5月の法律が、この契約の非財産的側面を強調するものとなっているのは、こうした理由による[132]。

契約はまた、経済の次元における組織の媒介項でもあり得る。民法上の古典的な契約とは異なる新たな枠組みを取引界に提供することによって、契約は、経済活動の調整技術として、ますます成功を収めるようになってきている[133]。組合契約は、組織型契約の原型だと説かれる[134]。同様に、長期間の役務提供

130）Ph. Malaurie, *Sur le PACS, in Le Pacs, Dr famille*, n° hors série, décembre 1999, n° 8, p. 30 et 31, spéc. p. 31 ; D. Fenouillet, *Couple hors mariage et contrat, Couple hors mariage et contrat, in La contractualisation de la famille*, sous la dir. D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, Economica, 2001, p. 81 et s., spéc. p. 100 et s. は、「非婚カップルの制度化」を語っている。

131）同旨、A. Supiot, *Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale, in Approche critique de la contractualisation,*［L.G.D.J, 2007］p. 19 et s., spéc. p. 37.

132）たとえば、出生証書の余白への記載に関する民法典新515-3-1条、および、パックスのパートナーの間での相互的な義務を導入した同法典515-5条を参照。

133）全般的な分析として、［M.-A. Frison-Roche,］*Les engagements dans les systèmes de régulation,*［Dalloz, 2006］, passim. を参照。

134）Didier, *Brèves notes sur le contrat-organisation, in L'avenir du droit*, Mélanges Fr. Terré, Dalloz-PUF, Juris-classeur, 1999. それゆえ、組合契約は、組織形成の道具ともいわれる。Ph. Bissara, *De la société contractante à la contractualisation de la société, in Approche renouvelée de la contractualisation*［PUAM, 2007］, p. 53 et s. Rappr. M.-C. Monsallier, *L' aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, Préf. A. Viandier, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 303, 1998 ; Y. Guyon, *Traité des contrats sous la direction de Jacques Ghestin, Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5ème éd., L.G.D.J., 2002.

契約、下請企業契約、電力、ガス、通信にアクセスする契約も、組織形成的権能の現れである。いわゆる関係的契約は、まさにこうした趣旨のものである。学説の一部は、関係的契約に対して真の法的カテゴリーたる位置づけを与えていないけれども[135)]、関係的契約という法性決定は、契約の効果に関わるある現象を尊重することを可能にする。関係的契約は、現在における将来の評価ではなく、「将来における現在の投射」[136)] を実現する「不完備の」[137)] 行為として説明される。契約関係は、時間的圧迫のもとで崩壊することを避けるために、柔軟化される。契約の主体に価値が与えられる。行為は、その社会環境に適応する可能性を含んでおり[138)]、柔軟性を獲得することによって一定の時間にわたって存在し続けることができるものとなる。契約のもつこうした組織形成的・関係的機能は、様々な分野において開花している。実際、流通法は、ネットワークの創設と管理のための道具である[139)]。したがって、契約とは、組織形成のための道具なのである。

契約は、国内法秩序に属し、組織形成的効力を形作るものであって、単なる

---

135) Y.-M. Laithier, *A propos de la réception du contrat relationnel en droit français,* D. 2006, Chr., p. 1003 et s.

136) L. Rolland, *Les figures contemporaines du contrat…, op. cit.* [note 123], spéc. p. 932.

137) V. H. Muir-Watt, *Du contrat « relationnel »*, [*in La relativité du contrat,* Travaux de l'association Henri Capitant - Journées nationales, L.G.D.J., t. IV, 2000] spéc. p. 174「当初の意思の合致は、契約に基づく将来への中継点にほかならない」。

138) V. J.-G. Belley, *Le contrat entre droit, économie et société, op. cit.* [note 122], spéc. p. 304 et 305. 契約関係に「内在的な規範を社会環境と調和させ」なければならない。「この義務を果たすためには、合意が国家的な合法性を備えているだけでは不十分である。法秩序の担い手は、法的な有効性と拘束力を承認するに先立って、契約を取り巻く状況の中で通用している組織規範および社会規範を考慮しなければならない」。

139) 流通ネットワークの制度化につき、L. Amiel-Cosme, *La théorie institutionnelle du réseau, in Aspects actuels du droit des affaires*, Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 1 et s. を参照。一つの説明として、Chr. Jamin, note sous Cass. com., 15 janvier 2002, JCP (G), 2002, II, 10157 ; Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. com., 6 mai 2002, JCP (G), 2002, II, 10146) を参照。

派生的な法秩序を形成するにとどまらない。それはまた、債務の創設とは異なった効力をも生じる。その効力の一つは、「準司法的な（para-juridictionnel）」ものである。

30　契約のもつ準司法的効力　　規範的効力の枠内において、契約は、司法の作用を修正することにも奉仕する。そのような場合にも、契約〔の効力〕は債務の発生に解消されない。契約と手続との関係は、契約化の動向に先立って生じていた。たとえば、民法典はつとに和解と仲裁を承認している[140)]。これに対し、契約化の動向は、この領域において契約が一般化されたことにより、議論の形態を修正させた[141)]。契約は、準司法的機能を保証する。というのは、それが裁判所における判決手続の補完であろうと、代用であろうと、契約は、個人的または集団的な争いを調整することによって法を示すからである[142)]。契約は、手続の連鎖における歯車の一つなのである。

以上の概観は、アンセルによって推し進められた、契約は債務の創設に尽きないという考えの補強を可能にする。しかし、アンセルは、最近のある一つの様相を看過している。それは、拘束力と債務内容との区別についての議論に新たな光を当てつつある、契約条項の問題である。

31　契約および債務内容と区別される契約条項　　アンセルの分析は、契約と債務に焦点を当てながらも、今日の契約法を貫く新たな現象を考慮に入れてい

140）和解につき、民法典2044条から2058条まで、仲裁につき、民法典2059条から2061条まで。

141）同旨、L. Cadiet, *Une justice contractuelle, l'autre, in Le contrat au début du XXIe siècle*, Etudes offertes à J. Ghestin, L.G.D.J., 2001, p. 177 et s., spéc. n° 4, p. 186 et 187.

142）こうした修正につき、M. Lamoureux, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, Préf. J. Mestre, PUAM, 2006 を参照。

143）近時の研究として、G. Helleringer, *Les clauses contractuelles. Essai de typologie*, thèse Paris I, sous la direction de L. Aynès, 2010 を参照。

ない点で、不完全なものである[143)]。それは、契約法に光を当てるアプローチ視角の一つをなす、契約条項である。

契約条項は、規範としての契約と区別されると同時に、債務内容、つまり債務関係とも区別される。「一般的にいって、古典的な契約は、諸条項の合計以上のものであるということができるが、今日では、これとは対蹠的に、契約条項は、契約の統辞的分割以上のものであり得る」[144)]。いいかえれば、契約条項は、いまや契約の構成要素たるにとどまらないのである。それは、自律性を獲得している。契約条項は、契約法の基本問題にとっての試金石である。それは、契約法を支配する動向を感知する最も鋭敏なセンサーである。たとえば、契約条項の分析は、契約の成立と履行との区別の射程がまったく相対的なものであることを明らかにする。条項の有効性が問題になる場合には、その成立よりも効力が重要な意味をもつ[145)]。また、契約条項の研究は、無効法をも精錬する。この視点のもとで、無効法は、一部無効や書かれざるものとみなされる条項の観念のような法技術によって豊かなものとなるのである。

契約条項というパラダイムは、契約の形象を多様化させる点で有益である。契約は、もはや瞬間的な交換型契約ではない。いまや、「状況的契約」[146)]、「関係的契約」[147)]、「組織的契約」[148)] 等が問題になっている。こうした長期間契約

---

144) M.-A. Frison-Roche, *Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique*, R.T.D. civ., 1998, p. 43 et s., spéc. n° 16, p. 49.

145) たとえば、民法典新2061条、および、その効果と関連づけられた仲裁条項の有効性につき、Cass. 1re civ., 22 novembre 2005, D. 2006, p. 277 et s., note Th. Le Bars et P. Callé を参照。

146) M. Cabrillac, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, in* Mélanges G. Marty, Université des sc. soc. de Toulouse, 1978, p. 235 et s. ; D. Mainguy, *Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats, in* Mélanges M. Cabrillac, Dalloz-Litec, 1999, p. 165 et s.

147) 批判的視点の一つとして、Y.-M. Laithier, *A propos de la réception du contrat relationnel en droit français,* D. 2006, Chr., p. 1003 et s. を参照。

148) P. Didier, *Brèves notes sur le contrat-organisation, in L'avenir du droit*, Mélanges Fr. Terré, Dalloz-PUF, Juris-classeur, 1999, p. 635 et s.

――それは、紛れもない契約関係を創出するものである――の出現は、契約条項の役割の増大と刷新を正当化するものであり、各々の特性に応じた契約を作り出すことを可能にする。契約条項は、今日においては、実務家にとって、契約上の一定の技巧を示すために欠くべからざる戦略的手段の一つである[149]。契約条項の起草を通じて、練達した起草者は、オーダーメイドの契約を設計することができるのである。

「契約の集合（ensembles contractuels）」[150] の出現によって例証される契約の外への爆発に呼応して、契約条項の蔓延による契約の内への爆発が生じていることも、これと同じ方向にある。条項は、契約との関係で、あるいは条項相互の間で、しばしば複雑な関係をもたらす。契約は、時として、複数の行為（*negotia*）によって構成される証書（instrumentum）である。条項が、広い意味における契約の一部としてのみ取り扱われるならば、条項に関する研究は適切さを欠くことになろう[151]。条項とは何かを確認するためには、形式面と内容面という２つの側面が組み合わされなければならない。形式面においては、契約条項とは、語、節あるいは無限に続く節の総体というかたちを取り得る、契約上の記載事項（stipulation）である。これによれば、定義、標題、前文が、〔いずれも〕契約条項をなすことになる。しかし、このような識別要素にとどまっているのは、妥当ではない。というのは、以上のようにみると、契約中のあらゆる記載事項が契約条項だということになるからである。そこで、第二の側面が最も決定的になる。すなわち、内容面においては、当該条項から「法律効果を発生させるという内容的特性」[152] が生じているのでなければならない。

149）この観念につき、J. Ghestin et G. Goubeaux avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, 4ème éd., L.G.D.J., 1994, n° 754 et s.

150）たとえば、Cass. 1re civ., 13 juin 2006, n° 04-15. 456, FP+B を参照。

151）この議論につき、G. Arbant-Michel, *Les relations entre les clauses et le contrat*, Université de Montpellier I, thèse microfiche, 2001, n° 105 et s., p. 42 et s. 特に、G. Helleringer, *th. préc.* [note 143], *passim.* を参照。

152）G. Arbant-Michel, *th. préc.* [note 151], n° 108, p. 44.

いいかえれば、契約条項は、それが結びつけられている典型的給付または本質的債務に対し、プラス・アルファをもたらすのでなければならない。条項は、契約に密接に結びつけられながらも、契約に対して「自律的」である。また、条項という語は、「閉じる(clore)」ことを意味する *claudere* に由来する。それゆえ、条項は、それに固有の状況を閉じ込める。契約条項は、契約以前、契約継続中、または契約終了後にその効力を生じ得るのである。

契約条項の分析は、拘束力と債務内容との対比の中に新たな知見をもたらす。契約条項は、行為規範を創設したり、一定の特権を与えたりするのだから、契約による債務の発生原因、あるいは真の契約規範である[153)]。それは、程度の差はあれ直接に、当事者または裁判官に対して向けられている。単に情報を提供するだけのものもあれば、当然に契約としての性格を備えるものもある。あらゆる契約条項は、拘束力を有し、あるいは債務となるという意味において、程度の差はあれ直接に契約に奉仕する。学説は、はじめは、一定の条項、あるいはその有する一定の様相に対して考察を加えるにとどめてきた[154)]。〔しかし、〕今日では、学説は、契約条項の総体的な考察を行っており、時には

153) G. Helleringer, *th. préc.* [note 143], *passim* は、条項を三つのカテゴリーに分ける。第一は、給付条項(les clauses de prestation)であり、義務内容と救済を定める機能をもつ(期限、条件、不可抗力)。第二は、権限条項(les clauses de pouvoir)であり、当事者の一方または他方に対し、法状態を一方的に変更することを可能にする随意的権利を与える機能をもつ(解除条項、承認条項(clause d'agrément)、価格の一方的修正条項)。そして、第三に、紛争条項(les clauses de différends)であり、当事者間の対立につき、事前に契約関係を整理するものである(仲裁条項、管轄条項、証拠に関する条項等)。

154) 最近の研究として、P.-H. Antonmattéi, *Les clauses du contrat de travail*, éditions Liaisons, coll. Droit vivant, 2005 ; M.-C. Escande-Varniol, *La sophistication des clauses du contrat de travail, Droit ouvrier*, décembre 1997, p. 478 et s ; S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Thèse dactyl., Paris II, 2004 [Economica, coll. « Recherches Juridiques », 2006] ; J. Ghestin, *L'absence de cause et la contrepartie propre à une obligation résultant d'une clause d'un contrat, in Droit et actualité*, Etudes J. Béguin, Litec, [2005] p. 311 et s ; M. Mekki, *Existe-t-il un jus commune applicable aux clauses du contrat de travail*, Revue de droit du travail, 2006, p. 292 et s.

契約条項の「一般法」の構築が推し進められている[155)]。契約条項の存在およびその適法性は、次第に契約そのものとは異なるコントロールの対象とされつつある。こうした法的自律性は、契約からは切り離された個別的な分析を正当化する。

とはいえ、それでもなお、契約条項は、それが関連づけられている契約との緊密な結びつきを保っている。契約条項は、契約とは混同され得ないものの、契約に「属する」のである。当事者は、しばしば契約全体を一体のもの（un tout）と考える。したがって、契約条項は、契約全体の整合性を尊重しなければならない。このように、契約条項は、自律的なものでありながら、一定の程度においてはなおも、その影響を被るとまではいえないにせよ、諸条項を覆う契約による刻印を受けているのである。このようにみるとき、契約条項は「レレヴァントな」ものである。レレヴァントであるということを契約条項に応用してみれば、契約条項は、その機能上の自律性にもかかわらず、その存在および（または）その効果、つまり、広い意味における条項の有効性が、多かれ少なかれ契約という太陽――条項はその惑星である――に強く結びつけられている、ということを意味する。

32　以上を要するに、契約関係は、債務関係とは区別されなければならない。この区別は、一方、実定法の状況をよりよく理解することを可能にし、他方、準司法的あるいは組織形成的効力という、契約の様々な規範的効力に対して光を当てることを可能にする。しかし、契約の拘束力と債務内容との二元的な区

155）発生原因という視点の下では、Ph. Delebecque, *Clausula, clausulae, clausularum, in Prospectives du droit économique, Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 33 et s. を参照。取引契約につき、*Les principales clauses des contrats conclu entre professionnels*, PUAM, 1990. 労働法につき、J. Pélissier, *Pour un droit des clauses du contrat de travail, R.J.S.*, 7/05, p. 499 et s. 競争法につき、M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, Dalloz, 2004, n° 354 et s. 包括的な視点として、G. Arbant-Michel, *th. préc*［note 151］; S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Préf. H. Muir-Watt, L.G.D.J., 2000. 後者の文献の第一章は、「不均衡の手段としての条項」と題されている。

別は、なお不十分である。というのは、そこにおいては新しい現象が考慮されていないからである。その現象とは、契約条項の拡がりである。広い意味での規範的効力、債務内容、そして契約条項こそが、フランス契約法に対する一貫性のある分析にとって欠くことのできない三つの因子なのである。

以上によって、債務関係でないもの、あるいは、そこに債務関係を還元してはならないものが認識された。いまや、債務関係という観念の内在的、内生的な要素に、つまり、債務関係の構成要素に関心を向けることにしよう。

【訳者注】(次回掲載分にかかる事項も一括して掲記する)

(1) 翻訳にあたり、訳者において次のような補整等を加えた。

① 訳文中、〔 〕で括った部分は訳者による補足、「 」で括った部分は原文中ギュメで括られた叙述である。

② 原文のニュメロに脱漏(17、18)と重複(31)がみられたため、整理のうえ、通し番号を振り直した。

③ 脚注における文献の掲記方法および参照箇所の指示は、原文によるものである。ただし、略称、書体の不統一等、形式的な点については適宜修正を加えたほか、[note **]と付記して前掲箇所を明示した。また、書誌情報の欠けている箇所および誤りと疑われる箇所については、①に記した方法のほか、[ ]を付して仏語を補う方法により訳注を付した。

④ 読みやすさの観点から、原文にない改行を適宜補った。二種の改行は、原文の改行箇所に半行分のスペースを挿入することによって区別した。

(2) フランス民法典の条文の翻訳にあたっては、法務省『フランス民法典――物権・債権関係――』(法曹会、1982年)を、また、ローマ法に関する叙述の翻訳にあたっては、船田享二『ローマ法 第三巻』(岩波書店、改版、1970年)を参照した。

(3) なお、訳語についても若干の注意を述べておくことにしたい。

① « Obligaion » は、それ自体として債務関係(lien d'obligation)という含意をもっているが、本稿では、両者を訳し分ける便宜のために、« obligation » に「債務」の語を当てた。これによって、債務関係における「債務」のみを特に意味する « dette » との訳し分けが不分明になるが、この点については、« dette » には「負債」の訳語を充てることによって対処した(これに対応する « créance » を「債権」と訳した)。ただし、文意が不明瞭な箇所では、〔 〕内に訳語を補い、または( )内に原語を補うなどしたうえで、他の訳語を採用した。

② わが国において「担保する給付」として総称される諸々の義務・給付を指すために、

フランス法においては様々な表現が用いられてきたようである（担保する給付については、金山直樹「与える給付と担保する給付――それから100年、もう一つの歴史――」西村重雄・児玉寛編『日本民法典と西欧法伝統』（九州大学出版会、2000年）337頁を参照）。本稿においては、« obligation de *praestare* » を給付する債務、« obligation［préstation］de garantir » を保証する債務（給付）、« obligation［préstation］de couverture » を担保する債務（給付）として機械的に区別した。

【後記】

冒頭にて注記されるとおり、本翻訳のもとになったのは、2010年10月23日・25日に、慶應義塾大学において、2010年度大陸法財団寄付講座 大陸法特別講義「大陸法の基本概念」の一環として行われたムスタファ・メキ教授の講演である。序論部分とⅠは23日に、Ⅱと結論部分は25日に、それぞれ報告された。各講演においては、まず、メキ教授が以上に訳出したテクストを基礎とする報告をされ、次いで、金山直樹教授の通訳によって活発な質疑応答が行われた。

なお、以上に訳出したテクストは、与えられた講演時間内に扱うことのできる分量を大幅に超えるものであったため、当日の報告においてはかなりの部分が割愛された。また、メキ教授は、講演終了後、本誌に翻訳を寄稿するにあたり、修正および補充を加えた改訂稿をお送りくださった。以上のような経緯から、本翻訳は、当日の講演では触れられなかった論点に関する議論をも含むものとなっている。

最後に、少なからぬ時間を割いて報告内容に関する懇篤なご教示をくださったメキ教授、および、翻訳にあたってご助言を賜った金山教授に対し、この場をお借りして改めて感謝申し上げたい。Je tiens à exprimer ma plus vive reconnaissance à Monsieur le Professeur Mustapha MEKKI, pour ses encouragements et ses précieux conseils.